Klaus Tilkorn

Zugewinngemeinschaft und Gesellschaftsrecht

1965

D6

ZUGEWINNGEMEINSCHAFT
UND
GESELLSCHAFTSRECHT

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
KLAUS TILKORN
aus Münster (Westf)
1965

1. Berichterstatter: Prof. Dr. D. Reinicke

2. Berichterstatter: Prof. Dr. H. Brox

Dekan: Prof. Dr. H. Timm

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Februar 1965

Meiner Frau

und

meinen Eltern

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

INHALTSÜBERSICHT

		Seite
§ 1	Einleitung	23
Erster Teil:	Die Auswirkungen des gesetzlichen Güterstandes auf die Personengesellschaft	25
I. Kapitel:	Die Auslegung des § 1365 BGB	26
§ 2	Der Zweck des § 1365 BGB	26
§ 3	Der Weg zur Erreichung des von § 1365 BGB verfolgten Zwecks	30
§ 4	Der Schutz des Rechtsverkehrs	54
§ 5	Der für das Zustimmungserfordernis nach § 1365 BGB maßgebende Zeitpunkt bei einer Veränderung der Vermögenslage eines Ehegatten	62
II. Kapitel:	Die Bedeutung des § 1365 BGB bei der Personengesellschaft	65
§ 6	Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages	66
§ 7	Die Änderung des Gesellschaftsvertrages	81
§ 8	Die Kündigung des Gesellschaftsvertrages	86
§ 9	Ergebnis	92
III.Kapitel:	Die Gefährdung der Gesellschaft durch den Zugewinnausgleich (§§ 1371, 1378 BGB)	92
§ 10	Der Ausgleich des Zugewinnes beim Tode eines Gesellschafters	93
§ 11	Der Ausgleich des Zugewinnes bei der Scheidung der Ehe eines Gesellschafters	96

		Seite
Zweiter Teil:	Die Beseitigung der Gefahren der Zugewinngemeinschaft für die Gesellschaft	97
I. Kapitel:	Ehevertragliche Möglichkeiten	98
§ 12	Ausschluß und Änderung der Verwaltungsbeschränkung (§ 1365 BGB)	98
§ 13	Ausschluß und Änderung des Zugewinnausgleichs (§§ 1372 ff,1378 BGB)	100
II. Kapitel:	Gesellschaftsvertragliche Möglichkeiten	101
§ 14	Die Begründung der Pflicht der Gesellschafter, bei Heirat die Gefahren des gesetzlichen Güterstandes durch Ehevertrag zu beseitigen	101
III.Kapitel:	Die Wirksamkeit der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung über die Einführung eines bestimmten Güterstandes	103
§ 15	Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138 BGB)	103

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

ARNOLD-GOLDMANN-RAUTMANN	Formular-Kommentar 2. Teil 20. Aufl., Köln 1960
AUWEDER	Gleichberechtigung und Handelsregister Rpfleger 1960/35
BÄRMANN, Johannes	Das neue Ehegüterrecht AcP 157/145
BÄRMANN, Johannes	Kritik am neuen Ehegüterrecht JZ 1958/225
v.BALIGAND, Albert	Der Ehevertrag München 1906
BARTSCH, Helmut	Zur Haftung aus Vermögensübernahme KTS 1958/33
BAUMBACH-DUDEN	Handelsgesetzbuch mit Nebengesetzen ohne Seerecht, 16. Aufl., München-Berlin 1964
BEITZKE, Günther	Familienrecht 11. Aufl.,München-Berlin 1963
BEITZKE, Günther	Referentenschrifttum zum Gleichberechtigungsgesetz FamRZ 1958/166
BEITZKE, Günther	Gesellschaftsvertrag und güterrechtliche Verfügungsbeschränkung Der Betrieb 1961/21
BEITZKE, Günther	Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 28.4.61 - V ZB 17/60 JR 1961/342
BERGENROTH	Enthält § 419 BGB einen subjektiven Tatbestand? MDR 1953/140
BERGES, A. M.	Das neue eheliche Güterrecht KTS 1958/65

BERGMANN, Walter — Gleichberechtigung, Landwirtschaft und Höferecht
RdL 1959/85

BERICHT — des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht des Deutschen Bundestages über die Gesetzesentwürfe zum Gleichberechtigungsgesetz zu BT-Drucksache 3409, 2.Wahlperiode 1957

BOEHMER, Gustav — Gleichberechtigung der Frau im Eherecht: Eheliches Güterrecht
MDR 1950/450

BOEHMER, Gustav — Einige Fragen zu der sog.Vinkulierung des Hausrats in § 1369 BGB n.F.
FamRZ 1959/1

BOEHMER, Gustav — Die Teilreform des Familienrechts durch das Gleichberechtigungsgesetz v. 18.6.1957 und das Familienrechtsänderungsgesetz v. 11.8.1961
Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft Nr. 245/246
Tübingen 1962

BOESEBECK, Ernst — Gefährdung von Gesellschaftsverträgen durch Zugewinngemeinschaft
Der Betrieb 1958/1147

BOSCH, Friedrich Wilhelm — Zur Neuordnung des ehelichen Güterrechts
FamRZ 1954/149

BOSCH, Friedrich Wilhelm — Bemerkungen zum Gleichberechtigungsgesetz
FamRZ 1957/189

BOSCH, Friedrich Wilhelm — Freiheit und Bindung im neuen deutschen Familienrecht
FamRZ 1958/81

BOSCH, Friedrich Wilhelm — Das neue Ehevermögensrecht, insbesondere das Ehegüterrecht - Grundlinien und Hauptprobleme
FamRZ 1958/289

BOSCH, Friedrich Wilhelm — Anmerkung zum Beschluß des LG Bielefeld v. 25.8.58 - 3 a T 137/58
FamRZ 1958/376

BOSCH, Friedrich Wilhelm — Anmerkung zum Beschluß des LG Bielefeld v. 19.9.58 - 3 a T 153/58
FamRZ 1958/468

BOSCH, Friedrich Wilhelm	Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm v. 27.2.59 - 15 W 67/59 FamRZ 1959/166
BOSCH, Friedrich Wilhelm	Anmerkung zum Beschluß des LG Darmstadt v. 3.11.58 - 5 T 829/58 FamRZ 1959/240
BREETZKE, Ernst	Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm v. 21.3.60 - 15 W 144/59 NJW 1960/1466
BROX, Hans	Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung Karlsruhe 1960
BUCHWALD, F.	Gesellschaftsanteil und Erbrecht AcP 154/22
BUCHWALD, F.	Das Anfangsvermögen nach dem Gleichberechtigungsgesetz BB 1958/493
BUCHWALD-TIEFENBACHER	Die zweckmäßige Gesellschaftsform nach Handels- und Steuerrecht 2. Aufl., Heidelberg 1961
CUNTZ, Max-Ernst	Rechtsgeschäfte mit einem Ehegatten, der in Zugewinngemeinschaft lebt BB 1958/1226
DEUTSCH, Erwin	Voraussetzung und entscheidender Zeitpunkt der Vermögensübernahme (§ 419 BGB) JuS 1963/178
DÖLLE, Hans	Familienrecht Band I Karlsruhe 1964
DÖLLE, Hans	Bemerkungen zum künftigen gesetzlichen Güterstand FamRZ 1954/205
DÖLLE, Hans	Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Problem des künftigen gesetzlichen Güterstandes in Deutschland Rabels Z 1953/608
DROVE, Friedrich Karl	Die Zugewinngemeinschaft als neuer gesetzlicher Güterstand Diss. jur. Köln 1958
DUNKER, Hanns-Georg	Zum Vermögensbegriff der §§ 419, 1365 BGB MDR 1963/978

DITTMANN, Ottmar	Die Anwendung des § 1365 BGB bei Beendigung des gesetzlichen Güterstandes DNotZ 1963/707
ECKSTEIN, Ernst	Zur Lehre von der Nichtigkeit des Vertrages wegen Unsittlichkeit ArchBR 38/195
EISELT, Georg	Die Anerkennung der Persönlichkeit der Ehefrau im neuen Eherecht FamRZ 1959/177
ENNECCERUS-LEHMANN	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 2. Band:Recht der Schuldverhältnisse 15.Bearbeitung, Tübingen 1958
ENNECCERUS-NIPPERDEY	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1.Band: Allgemeiner Teil I.Halbband, Tübingen 1959 II.Halbband, Tübingen 1960
EPPIG, Brigitte	Verwaltungsbeschränkungen und Verkehrsschutz bei der Zugewinngemeinschaft Diss.jur. München 1959
ERMAN, Walter	Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 3. Aufl., Münster 1962
FINKE, Franz-Josef	Erläuterungen zum Gleichberechtigungsgesetz MDR 1957/449, 514, 577
FISCHER, Robert	Kollision zwischen Gesellschaftsrecht und ehelichem Güterrecht NJW 1960/937
FRANK, Adolf	Kein Gutglaubensschutz nach dem Gleichberechtigungsgesetz? NJW 1959/135
GAA, Lothar	Die Verfügungsbefugnis der Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft Diss.jur. Heidelberg 1960
GERNHUBER, Joachim	Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft FamRZ 1959/465

GERNHUBER, Joachim	Lehrbuch des Familienrechts München-Berlin 1964
v.GIERKE, Julius	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht 8. Aufl., Berlin 1958
HAEGELE, Karl	Rechtsprechung und Literatur zur Gleichberechtigung von Mann und Frau im ehelichen Güterrecht DNotZ 1957/133
HAEGELE, Karl	Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen bei Zugewinngemeinschaft im Grundstücksverkehr Rpfleger 1959/4
HAEGELE, Karl	Nochmals: Die Verpflichtungs- und Verfügungsbeschränkungen bei Zugewinngemeinschaft im Grundstücksverkehr Rpfleger 1960/271
HAEGELE, Karl	Neues um § 1365 BGB im Grundstücksverkehr Rpfleger 1960/271
HAEGELE, Karl	Anmerkung zu Staudenmaier: "Testamentsvollstrecker und § 1365 BGB" Rpfleger 1960/386
HAEGELE, Karl	Anmerkung zum Beschluß des LG Wuppertal v. 29.4.60 - 6 T 686/59 Rpfleger 1960/291
HAEGELE, Karl	Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm v. 18.3.60 - 15 W 153/59 Rpfleger 1960/227.
HAEGELE, Karl	Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm v. 21.3.60 - 15 W 144/59 Rpfleger 1960/229
HAEGELE, Karl	Sechs Jahre Zugewinngemeinschaft Rpfleger 1964/242
HAGEMEYER	Denkschrift über die zur Anpassung des geltenden Familienrechts an den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art.3 Abs.2 GG) erforderlichen Gesetzesänderungen Köln o.J.

HAMEL, Walter	Glaubens- und Gewissensfreiheit in Bettermann-Nipperdey-Scheuner Die Grundrechte Band IV Halbband 1 Berlin 1960
HARTMANN, Bernhard	Der lästige Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis 2. Aufl., Köln 1963
HARTUNG, Wolfgang	Der Schutz des guten Glaubens bei den Verfügungsbeschränkungen des Gleichberechtigungsgesetzes NJW 1959/1020
HARTUNG, Wolfgang	Verfügungsbeschränkung bei ehelichem Hausrat Köln 1962
HOCHE, Ulrich	Anmerkung zum Beschluß des LG Detmold v. 13.8.58 - T 268/58 NJW 1958/2069
HÖRLE	Über die persönlichen und vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nach §§ 1353 bis 1361 BGB ArchBR 31/1133
HUECK, Alfred	Gesellschaftsrecht 11. Aufl., München-Berlin 1963
HUECK, Alfred	Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 3. Aufl., Berlin 1964
KEMPER, Karl	Die Verwaltungsbeschränkungen der Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft (§§ 1365 - 1369 BGB n.F.) Diss.jur. Bonn 1962
KERSTEN-BÜHLING	Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit 12. Aufl., Köln 1963
KIPP-COING	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 5. Band: Erbrecht 11. Bearbeitung, Tübingen 1960
KNUR, Alexander	Zugewinngemeinschaft, Ehevertrag und Verfügung von Todeswegen DNotZ 1957/451

KNUR, Alexander	Probleme der Zugewinngemeinschaft Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes NRW - Geisteswissenschaften - Heft 83 Köln - Opladen 1959
KOENIGER, Hans	Der Schutz der Familie in der Zugewinngemeinschaft DRiZ 1959/372
KÖRNER, Eberhard	Die Grenzen der Vertragsfreiheit im neuen ehelichen Güterrecht Diss. jur. Erlangen 1961
KOHLER, Rudi	Die Maßnahmen des Unternehmers gegen die Risiken der Zugewinngemeinschaft BB 1959/929
KRÜGER-BREETZKE-NOWACK	Gleichberechtigungsgesetz München-Berlin 1958
LARENZ, Karl	Methodenlehre der Rechtswissenschaft Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960
LAUE, Werner	Vermögen i.s. des § 419 BGB AcP 140/64
LAUE, Werner	Der Übernahmevertrag nach § 419 BGB AcP 146/156
LAUHOFF, Erich	Die Verfügungsbeschränkungen der Ehegatten in der Zugewinngemeinschaft gemäß §§ 1365 - 1369 BGB Diss. jur. Münster 1962
LEHMANN, Heinrich	Deutsches Familienrecht 3. Aufl., Berlin 1960
LINDERHAUS	Die Verwaltungsbeschränkung des § 1365 BGB bei der Grundstücksveräußerung und -belastung NiederschrRheinNotK 1960/148
LORENZ, Werner	Die Verfügungsbeschränkungen im Rahmen der Zugewinngemeinschaft JZ 1959/105
LÜTHGEN, Heinz W.	Die Bedeutung des neuen ehelichen Güterrechts in einigen gesellschafts- und erbrechtlichen Fragen GmbH-Rdsch 1957/165

MASSFELLER, Franz	Das Güterrecht des Gleichberechtigungsgesetzes Der Betrieb 1957/499
MASSFELLER-REINICKE	Zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Neuordnung des ehelichen Güterrechts in der Fassung des Unterausschusses "Familienrechtsgesetz" des Bundestages Sonderdruck aus dem Bundesanzeiger Nr.154 vom 10. August 1956
MASSFELLER-REINICKE	Das Gleichberechtigungsgesetz Köln-Berlin 1958
MERDSCHE, Fritz	Anmerkung zum Beschluß des LG Detmold v. 13.8.58 - T 268/58 NJW 1958/1729
MERZBACHER, Friedrich	Die Zugewinngemeinschaft AcP 156/1
MEYER, Kl.	Anmerkung zum Beschluß des LG Bielefeld v. 19.9.58 - 3a T 153/58 FamRZ 1958/469
MEYER-STOLTE, Klaus	Vinkulierung der Gesamtvermögensgeschäfte FamRZ 1959/228
MEYER-STOLTE, Klaus	Verfügungsbeschränkung nach § 1365 Abs.1 BGB und das Grundbuchrecht Rpfleger-Jahrbuch 1960/141
MEYER-STOLTE, Klaus	Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 28.4.61 - V ZB 17/60 FamRZ 1961/363
MODEL, Otto	Der Güterständ des Unternehmers ab 1.7.1958 GmbH-Rdsch 1958/82
MOLITOR, Erich	Die Unzulässigkeit von Zölibatsklauseln in Einzelarbeitsverträgen AuR 1953/353
MOTIVE	zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich Berlin-Leipzig 1888
MÜLKE, Horst	Die Verwaltungsbeschränkung des § 1365 Abs. 1 BGB Diss.jur. Münster 1962

MÜLKE, Horst	Zur Verwaltungsbeschränkung des § 1365 Abs. I BGB AcP 161/129
MÜLLER, W.	Zur vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bei GmbH-Beteiligungen von Minderjährigen, Mündeln und Pfleglingen JR 1961/362
MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram	Ehe und Recht Tübingen 1962
MÜLLER-FREIENFELS	Kernfragen des Gleichberechtigungsgesetzes JZ 1957/693
NEUMAYR, Karl H.	Die Kombination von Vermögenstrennung und Vermögensteilhabe im ehelichen Güterrecht RabelsZ 1953/376
NIPPERDEY, Hans Carl	Die Würde des Menschen in Neumann-Nipperdey-Scheuner Die Grundrechte Band II Berlin 1954
OBERMÜLLER, Walter	Einzelfragen der Geschäftspraxis zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes BB 1958/535
PALANDT, Otto	Bürgerliches Gesetzbuch 24. Aufl., München-Berlin 1965
PETERMANN, Gerhard	Die Vinkulierung des Hausrats bei der Zugewinngemeinschaft Rpfleger 1960/233
PIEPENBROCK, Johannes	Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 28.4.61 - V ZB 17/60 LM Nr. 1 § 1365 BGB
PIKALO, Alfred	Der Einfluß des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft auf das Landwirtschaftsrecht RdL 1958/281
PIKALO, Alfred	Der Einfluß des Güterstandes der Zugewinngemeinschaft auf das Höferecht RdL 1959/1

PLANCK	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4./5. Aufl., Berlin-Leipzig 1913-1938
PROTOKOLLE	der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB 7 Bände Berlin 1897 - 1899
van RANDENBORGH, Wolfgang	Das negative Kapitalkonto bei der Personalgesellschaft DNotZ 1959/373
REICHSGERICHTSRÄTE-KOMMENTAR	Das Bürgerliche Gesetzbuch 11. Aufl., Berlin 1959 ff
REICHSGERICHTSRÄTE-KOMMENTAR	Kommentar zum Handelsgesetzbuch 2.Band (§§ 105 - 177,§§ 335 - 342) Berlin 1950 (zit.:Weipert in RGR-Komm.z.HGB)
REINICKE, Dietrich	Eheliches Güterrecht und Gleichberechtigung NJW 1953/681
REINICKE, Dietrich	Zum neuen ehelichen Güterrecht NJW 1957/889
Reinicke, Dietrich	Verwaltungsbeschränkungen im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft BB 1957/564
REINICKE, Dietrich	Verwaltungsbeschränkungen im Güterstand der Zugewinngemeinschaft und Gesellschaftsrecht BB 1960/1002
REINICKE, G. und D.	Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und Erbrecht NJW 1957/561
REINICKE, G. und D.	Anmerkung zum Urteil des BGH v. 28.1.57 - III ZR 155/55 DNotZ 1957/506
REINICKE, G. und D.	Die Bedeutung des Wortlauts bei der Auslegung von Gesetzen nach der Rechtsprechung des BGH NJW 1952/1033
REINICKE-SCHWARZHAUPT	Die Gleichberechtigung von Mann und Frau nach dem Gesetz vom 8.Juni 1957 Stuttgart 1957

REITHMANN, Christoph — Schutz des Rechtsverkehrs bei Rechtsbeschäften mit verheirateten Personen
DNotZ 1961/3

RICHTER, Ernst — Enthält § 419 BGB einen subjektiven Tatbestand?
MDR 1953/469

RIEDEL, Erwin — Vermögens- und Verfügungsinhalt zu §§ 419, 1365 BGB im Grundstücksverkehr
Rpfleger 1961/261

RIEDEL, Erwin — Zur Problematik des § 1365 BGB
MDR 1962/4

RIEDEL, Erwin — Der Familienschutz in der Zugewinngemeinschaft
DRiZ 1963/182

RIEDEL, Fritz — Die Rechtsprechung in Grundbuchsachen
JZ 1959/597

RITTNER, Fritz — Handelsrecht und Zugewinngemeinschaft (I): Die Bedeutung des § 1365 BGB im Handelsrecht
FamRZ 1961/1

Handelsrecht und Zugewinngemeinschaft (II): Die Bedeutung des § 1369 BGB im Handelsrecht
FamRZ 1961/185

Handelsrecht und Zugewinngemeinschaft (III): Der Zugewinnausgleich
FamRZ 1961/505

RITTNER, Fritz — Handelsrecht und Zugewinngemeinschaft
Sonderdruck der Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Bielefeld o.J.

RITTNER, Fritz — Diskussionsbeitrag
DNotTag 1961, 137

ROSENBERG, Leo — Die Beweislast
4. Aufl., München-Berlin 1956

SCHEFFLER, Erna — Ehe und Familie
in Bettermann-Nipperdey-Scheuner
Die Grundrechte
Band IV, Halbband 1
Berlin 1960

SCHIPPEL, Helmut	Rechtsprechung und Literatur zu § 1365 BGB n.F. DNotZ 1961/24
SCHLEGELBERGER-GESSLER	Handelsgesetzbuch 4. Aufl., Berlin-Frankfurt 1963
SCHNEIDER-MARTIN	Familienunternehmen und Unternehmertestament 4. Aufl., Heidelberg 1963
SCHULIN, Paul	Das Gleichberechtigungsgesetz und der Prozeßrichter DRiZ 1959/76
SCHULZ-KERSTING, Willibald	Die Auswirkungen des Gleichberechtigungsgesetzes auf den Grundbuchverkehr JR 1959/81, 134
SCHULZ-KERSTING, Willibald	Anmerkung zum Beschluß des LG Berlin v. 24.11.58 - 84 T 181/58 FamRZ 1959/67
SICHTERMANN, S.	Verfügungen über das Vermögen im ganzen nach § 1365 BGB Der Betrieb 1959/163
SICHTERMANN, S.	Wie können die Gefahren der Zugewinngemeinschaft ausgeschlossen oder vermindert werden? BB 1959/349
SIEBERT, Wolfgang	Gesellschaftsvertrag und Erbrecht bei der Offenen Handelsgesellschaft Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 13, Karlsruhe 1954
SOERGEL-SIEBERT	Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz 9. Aufl., Stuttgart 1959 ff
v.STAUDINGER, Julius	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen 11. Aufl., Berlin 1955 ff
TIEDAU, Erwin	Gesellschaftsrechtliche Nachfolge im Verhältnis zum Erbrecht und zum neuen ehelichen Güterrecht MDR 1957/641

TIEDAU, Erwin	Zur Bedeutung des Inkrafttretens des neuen ehelichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft am 1.Juli 1958, insbesondere für die anwaltliche und notarielle Praxis MDR 1958/377
TIEDAU, Erwin	Zum neuen ehelichen Güterrecht, insbesondere zu den Beschränkungen des § 1365 BGB MDR 1959/79
TIEDAU, Erwin	Gesellschaftsvertrag und neues eheliches Güterrecht unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Abfindungsklauseln MDR 1959/253
TIEDAU, Erwin	Gesellschaftsrechtliche und erbrechtliche Probleme der Zugewinngemeinschaft Deutscher Notartag 1961, München-Berlin o.J., S. 97
TIEDAU, Erwin	Zur Problematik des § 1365 BGB unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftsrechts MDR 1961/721
TIEDAU, Erwin	Besprechung von Rittner: "Handelsrecht und Zugewinngemeinschaft" DNotZ 1963/254
TIEFENBACHER, Erhard	Anmerkung zum Beschluß des BGH v. 28.4.61 - V ZB 17/60 BB 1958/565
v.TUHR, Andreas	Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II. Band, 1. u. 2. Hälfte München-Leipzig 1914, 1918
WEIMAR, Wilhelm	Anmerkung zum Beschluß des OLG Hamm v. 21.3.60 - 15 W 144/59 NJW 1960/2002
WINTERBERG, Bruno	Die Kontinuität der Familienunternehmen Der Betrieb 1958/143
WÖRBELAUER,Herbert	Zum Begriff der Verfügung über das Vermögen im ganzen (§ 1365 BGB) NJW 1960/793

WÜRDINGER, Hans — Gesellschaften
Hamburg 1937

ZIEGE — Zur Auslegung des § 1369 BGB
NJW 1957/1579
NJW 1958/131

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

a.A.	anderer Ansicht
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.F.	alter Fassung
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
ArchBR	Archiv für Bürgerliches Recht
Art.	Artikel
AuR	Arbeit und Recht, Zeitschrift für die Arbeitsrechtspraxis
BAG	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnZ	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebsberater
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DB	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
DNotTag	Deutscher Notar-Tag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
FamR	Familienrecht
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
GG	Grundgesetz
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHRdSch	Rundschau für GmbH
HGB	Handelsgesetzbuch
JMinBlNRW	Justizministerialblatt für Nordrhein-Westfalen
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
KTS	Konkurs-,Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring,Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
n.F.	neuer Fassung
NiederschrRheinNotK	Niederschriften der Rheinischen Notarkammer
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	Offene Handelsgesellschaft
o.J.	ohne Jahresangabe
OLG	Oberlandesgericht
Prot.	Protokolle
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. von Ernst Rabel
RdL	Recht der Landwirtschaft
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGRK	Kommentar,herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
RpflegerJB	Jahrbuch des Deutschen Rechtspflegers
VerglO	Vergleichsordnung
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz

§ 1 Einleitung

Der gesetzliche Güterstand der Zugewinngemeinschaft kann in zweifacher Weise mit dem Gesellschaftsrecht in Berührung kommen. Es handelt sich dabei erstens um die Bestimmungen der §§ 1365 ff BGB, die eine Verfügung eines Ehegatten über sein gesamtes Vermögen sowie die Verpflichtung zu einer solchen Verfügung an die Zustimmung des anderen Ehegatten binden; zweitens gelten die Vorschriften über den Zugewinnausgleichsanspruch gemäß den §§ 1371 ff BGB nach der Beendigung der Zugewinngemeinschaft.

Diese Regelungen können unter Umständen für bestehende aber auch noch zu gründende Handelsgesellschaften einschneidende Folgen haben. Im ersten Fall kann ein Gesellschaftsvertrag unwirksam sein, wenn die gegebenenfalls nach § 1365 BGB erforderliche Zustimmung des an der Gesellschaft nicht beteiligten Ehegatten von diesem verweigert worden ist. Im zweiten Fall wird ein im gesetzlichen Güterstand lebender Gesellschafter, dessen gesamtes Vermögen in der Gesellschaftsbeteiligung besteht, auf Grund der Beendigung der Zugewinngemeinschaft mit einer möglicherweise beträchtlichen Zugewinnausgleichsforderung gemäß § 1378 BGB belastet; zur Befriedigung dieser Forderung kann unter Umständen der ausgleichsberechtigte Ehegatte die Zwangsvollstreckung in den Gesellschaftsanteil des ausgleichspflichtigen Ehegatten betreiben und somit der Gesellschaft auf diesem Wege erhebliche flüssige Gelder entziehen, wenn nicht sogar die Gesellschaft kündigen, § 725 BGB, § 135 HGB, § 161 II i.V.m. § 135 HGB.

Um diese Gefahren zu vermeiden oder doch wenigstens so klein wie möglich zu halten, werden daher in viele Gesellschaftsverträge Klauseln aufgenommen, die für diese Fälle besondere Maßnahmen treffen[1].

Die oben genannten Fragen sind trotz des umfangreichen Schrifttums zu dem neuen gesetzlichen Güterstand für das Gebiet des Gesellschaftsrechts weitgehend noch nicht geklärt; die vorhandenen Darstellungen[2] kommen zu den unterschiedlichsten Ergebnissen.

---

1) Kohler, BB 1959/929; Boesebeck, DB 1958/1147 (1149); Model, GmbHRdSch 1958/86; Buchwald-Tiefenbacher S.106.

2) Beitzke, DB 1961/21; Boesebeck, DB 1958/1147; Eiselt, JZ 1960/562; Fischer, NJW 1960/937; Knur, Probleme S.42; Mülke, Diss., S.91 ff; Reinicke, BB 1960/1002; Rittner, FamRZ 1961/1, Schneider-Martin S.366; Sichtermann, BB 1959/349; Tiedau, MDR 1959/253; MDR 1961/721; DNotTag 1961/97.

Erster Teil

Die Auswirkungen des gesetzlichen Güterstandes auf die Personengesellschaft[1)]

Im Gesellschaftsrecht kann die Zugewinngemeinschaft für jede Personengesellschaft von Bedeutung sein, an welcher ein verheirateter Gesellschafter beteiligt ist. Die gesetzlichen Regelungen zum Schutz der Familie und des Ehegatten können besonders für die Personengesellschaften Gefahren in sich bergen. Es handelt sich hier vornehmlich um die Verwaltungsbeschränkung des § 1365 BGB und um den Zugewinnausgleichsanspruch. Denn bei der Zugewinngemeinschaft herrscht grundsätzlich Gütertrennung - bei welcher jeder Ehegatte Alleineigentümer seines Vermögens bleibt und sein Vermögen selbständig verwaltet - aber mit der Besonderheit, daß der Zugewinn, den die Ehegatten in der Ehe erzielen, bei Beendigung des Güterstandes ausgeglichen wird (§ 1363 Abs.2 BGB) und daß zu gewissen Rechtsgeschäften eines Ehegatten (über sein gesamtes Vermögen, § 1365 BGB, und über Hausratsgegenstände, § 1369 BGB) die Zustimmung des anderen Ehegatten erforderlich ist.

Die Verwaltungsbeschränkung des § 1365 BGB[2)] kann im Gesellschaftsrecht in drei Fällen eingreifen: Bei der Einbringung des Vermögens in die Gesellschaft, bei der Änderung des Gesellschaftsvertrages und bei der Auflösung der Gesellschaft.

---

1) Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Untersuchung der Rechtslage bei der Personengesellschaft.

2) Zum Zugewinnausgleichsanspruch s. unten S. 92 ff.

I. Kapitel

Die Auslegung des § 1365 BGB

Der Anwendung eines Rechtssatzes muß die genaue Ermittlung seines Inhaltes vorangehen, d.h. er muß ausgelegt werden. Die Auslegung erfolgt an Hand bestimmter Auslegungskriterien, z.B. dem Wortsinn, dem Bedeutungszusammenhang der Rechtssätze, den Normvorstellungen der an der Gesetzgebung beteiligten Personen und dem vom Gesetzgeber verfolgten Gesetzeszweck[1]. Den Vorrang unter diesen Kriterien genießt der Zweck, den der Gesetzgeber mit dem Rechtssatz verfolgt hat. Daher sei zunächst dieser dargestellt.

§ 2 Der Zweck des § 1365 BGB

Bei der Ermittlung des Gesetzeszwecks ist der Wille des Gesetzgebers von besonderer Bedeutung. Anhaltspunkte für diesen ergeben sich vornehmlich aus den Gesetzesmaterialien. Die amtliche Begründung[2] des Regierungsentwurfs eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts führt (zu § 1372, dem heutigen § 1365 BGB) aus, die Beschränkung sei zum Schutze des anderen Ehegatten erforderlich; ein Ehegatte könnte sonst durch die Veräußerung oder Belastung seines gesamten Vermögens den Ausgleichsanspruch

---

1) Enneccerus-Nipperdey, § 56; Larenz, Methodenlehre, S.258.

2) BT-Drucks. Nr.224 v. 29.1.1954 Anlage 1.

des anderen Ehegatten vereiteln. Nach dieser Auffassung hat § 1365 BGB die Aufgabe, dem Schutz des Ehegatten zu dienen. Nach dem schriftlichen Bericht des Rechtsausschusses des 2. Deutschen Bundestages[1] hat § 1365 BGB in erster Linie die wirtschaftliche Grundlage der Familie zu sichern; das ergebe sich, so wird dort ausgeführt, daraus, daß es abgelehnt worden sei, die fehlende Zustimmung eines Ehegatten schon unter der Voraussetzung vom Vormundschaftsgericht ersetzen zu lassen, daß durch das Rechtsgeschäft der Anspruch auf Ausgleich des Zugewinns nicht gefährdet werde. Dieser Auffassung des Rechtsausschusses entsprechend ist dann auch der Absatz 2 des § 1372 des Entwurfs formuliert und in § 1365 Abs.2 BGB Gesetz geworden.

Ferner enthielt § 1371 Halbsatz 2 des Regierungsentwurfs (heute § 1364 BGB) den Zusatz, die Ehegatten seien den Beschränkungen "im Interesse der Familiengemeinschaft" unterworfen; dieser Zusatz wurde jedoch gestrichen, da er als bloße Begründung des Gesetzes nicht in das Gesetz gehöre[2].
Im Bundestag[3] und Bundesrat[4] ist diese Regelung angenommen worden, ohne daß andere Ansichten über den Zweck des § 1365 BGB geäußert worden sind. Es kann also davon ausgegangen werden[5], daß auch Bundestag und Bundesrat die Auffassung der Bundesregierung und des Rechtsausschusses gebilligt haben.

---

1) zu BT-Drucks. Nr.3409 vom 12.4.1957, S.6; vgl.ferner Maßfeller-Reinicke, Beilage zum BAnz.Nr.154 vom 10.8. 1956, S.5.
2) vgl. Maßfeller-Reinicke, Beilage zum BAnz.Nr.154 vom 10.8.1956, S.4.
3) Verhandlungen des Bundestages, 2.Wahlperiode,206.Sitzung=stenografische Berichte, Bd.36,S.11780 ff.
4) Verhandlungen des Bundesrates,177.Sitzung v.24.5.1957.
5) vgl. Reinicke, BB 1957/564 (565).

Der Sinn und Zweck des § 1365 BGB liegt nach dem Willen des Gesetzgebers in erster Linie darin, die wirtschaftliche Grundlage der Familiengemeinschaft, und erst in zweiter Linie, den Zugewinnausgleichsanspruch des anderen Ehegatten zu sichern.

Der hier ermittelte Wille des Gesetzgebers wäre jedoch dann nicht zu beachten, wenn sich aus der Systematik des Gesetzes eine andere Absicht des Gesetzgebers ergäbe[1]. Die systematische Einordnung des § 1365 BGB in die Vorschriften über den Güterstand der Zugewinngemeinschaft könnte dafür sprechen, daß § 1365 BGB in erster Linie wegen der Besonderheit der Zugewinngemeinschaft gegenüber den anderen Güterständen (Ausgleich des Zugewinns) geschaffen worden sei; denn wenn Hauptzweck des § 1365 BGB die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie sein sollte, hätte diese Vorschrift systematisch in die Bestimmungen über die allgemeinen Wirkungen der Ehe eingeordnet werden müssen. Diese Meinung vertritt besonders Ziege[2]. Gegen diese Argumentation läßt sich jedoch einwenden, daß der Gesetzgeber für den Normalfall - den gesetzlichen Güterstand - das Familieninteresse besonders schützen wollte, daß er aber diesen Schutz nicht für alle Güterstände in gleicher Weise zu gewähren brauchte. Denn die Ehegatten können auf einen solchen Schutz verzichten, wenn sie Gütertrennung, § 1414 BGB, vereinbaren. Durch Zustimmung gemäß § 1365 BGB kann der andere Ehegatte sich ebenfalls des durch § 1365 BGB gewährten Familienschutzes begeben.

---

1) vgl. Larenz, Methodenlehre, S.258.

2) NJW 1957/1579, NJW 1958/131 (betr. § 1369 BGB); wie Ziege auch AG Braunschweig, FamRZ 1959/291 (ohne nähere Begründung).

Aus der systematischen Stellung des § 1365 BGB folgt also nicht, daß diese Bestimmung nach dem Willen des Gesetzgebers in erster Linie der Sicherung des Zugewinnausgleichsanspruchs dienen soll. Nach der herrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung hat denn auch § 1365 BGB vorrangig die Aufgabe, der Familie die wirtschaftliche Grundlage zu erhalten[1].

Als weiteres Auslegungsmoment ist die leichte Erkennbarkeit und Durchführbarkeit (Praktikabilität) des Rechts[2] von Bedeutung. Wegen dieses Gesichtspunktes hat der Gesetzgeber davon abgesehen, im Güterstand der Zugewinngemeinschaft die Mitwirkung des anderen Ehegatten bei Verfügungen über Grundstücke, auf denen sich das Heim der Familie befindet, oder über bestimmte Sparkassenforderungen oder Rechte aus Lebensversicherungen anzuordnen[3]. Der Gesetzgeber wollte nur den Rechtsverkehr insoweit erschweren, als es für den Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie unbedingt erforderlich war; als Fälle, in denen der Familienschutz besonders wichtig ist,

---

1) Beitzke, FamR § 13 II; BGB-RGRK, § 1365 Bem. 3; Drove, S.55; Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.1; Gaa, S.48; Haegele, Rpfleger 1960/271; Hartung, S.18 (für § 1369 BGB); Kemper, S.31; Knur, DNotZ 1957/451 (453); Koeniger, DRiZ 1959/372; Krüger-Breetzke-Nowack, § 1365 Bem. 1; Petermann, Rpfleger 1960/233 (für § 1369 BGB); Reinicke, BB 1957/564 (565); Riedel, Rpfleger 1961/261 (264); Rittner, FamRZ 1961/1 (4); Schulz-Kersting, JR 1959/81 (83); Soergel-Siebert, § 1365 Bem.3; Wörbelauer, NJW 1960/793 (797); BGHZ 35/135; OLG Hamm JMinBl NRW 1959/54, NJW 1959/104, FamRZ 1960/279.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 56 III.

3) Begründung des Reg.-Entwurfs, abgedruckt bei Maßfeller-Reinicke, Gleichberechtigungsgesetz, S.470 f; Maßfeller-Reinicke, Beilage zum BAnz. Nr.154 vom 10.8.1956, S.5.

schwebten ihm die Hofübergabe- und die Verträge vor, durch die ein Ehegatte sein gesamtes Vermögen gegen eine Leibrente veräußert, so daß er bei seinem Tode nichts hinterläßt[1]. Für derartige Ausnahmefälle ist § 1365 BGB gedacht[2]. Das ist bei der Auslegung zu berücksichtigen.

§ 3 Der Weg zur Erreichung des von § 1365 BGB verfolgten Zwecks

Um die wirtschaftliche Grundlage der Familie zu sichern, boten sich dem Gesetzgeber bei der Gestaltung des gesetzlichen Güterstandes verschiedene Möglichkeiten: Eine allgemeine Gütergemeinschaft läßt das beiderseitige Vermögen gemeinschaftlich werden; bei einer Errungenschaftsgemeinschaft wird das von den Eheleuten während der Dauer des Güterstandes erworbene Vermögen gemeinschaftlich; ferner bestand die Möglichkeit einer Gütertrennung verbunden mit einer Vinkulierung bestimmter Vermögensgegenstände[3]. Von der Einführung einer allgemeinen Gütergemeinschaft oder einer Errungenschaftsgemeinschaft als gesetzlichen Güterstand ist abgesehen worden, da bei diesen Güterständen wegen der Ausgestaltung der Verwaltungsbefugnisse über das Gesamtgut (beide Ehegatten verwalten das Gesamtgut gemeinsam oder jeder selbständig) zu große Unzuträglichkeiten für den Rechtsverkehr entstehen würden und der Errungenschaftsgemeinschaft außerdem wegen der Schwierigkeit der Berechnung der Auseinandersetzungsansprüche bei Beendi-

---

1) Deutscher Bundestag, 2.Wahlperiode 1953, Unterausschuß "Familienrechtsgesetz" des 16.Ausschusses, Protokoll Nr.5, S.7,8.

2) Reinicke, BB 1960/1002 (1003).

3) vgl. Maßfeller-Reinicke, Beilage zum BAnz. Nr.154 vom 10.8.1956, S.4 f.

gung des Güterstandes jegliche Praktikabilität ermangelt. Der Gesetzgeber hat sich daher entschlossen[1], die Zugewinngemeinschaft als gesetzlichen Güterstand zu normieren, also einen Güterstand, bei dem grundsätzlich Gütertrennung herrscht und jeder Ehegatte sein Vermögen selbständig verwaltet und bei Beendigung des Güterstandes der von dem einen oder anderen Ehegatten erworbene Zugewinn ausgeglichen wird. Der Grundsatz der selbständigen Vermögensverwaltung ist jedoch zum Schutz der Familie von zwei Ausnahmen durchbrochen: Zu Rechtsgeschäften über sein Vermögen im ganzen sowie über Haushaltsgegenstände (§§ 1365, 1369 BGB) bedarf ein Ehegatte der Zustimmung des anderen. Da die Beschränkung von Rechtsgeschäften über Haushaltsgegenstände, § 1369 BGB, für die vorliegende Arbeit ohne Belang ist, kann sie unerörtert bleiben.

Die Beschränkung des § 1365 BGB bezieht sich auf das "Vermögen im ganzen". Der Begriff des Vermögens ist im BGB nicht für alle in Betracht kommenden Vorschriften einheitlich festgelegt. Allgemein wird er definiert als die Gesamtheit der einer Person zustehenden Rechte[2] (juristischer Vermögensbegriff). Gegenüber diesem juristischen wird der sog. wirtschaftliche Vermögensbegriff vertreten[3]; dieser geht davon aus, daß Vermögen die Differenz von Aktiven und Passiven darstellt.

---

1) vgl. Fußnote 3) S.30.

2) Enneccerus-Nipperdey, § 131 II.

3) v.Tuhr I 324, Oertmann, vor § 90 Bem.5.

Zu § 1922 BGB wird schließlich die Ansicht vertreten[1], das Vermögen umfasse Aktiva und Passiva.

Welcher Vermögensbegriff für § 1365 BGB maßgebend ist, entscheidet sich danach, mit welchem der Zweck der Vorschrift am besten erreicht werden kann.

Der zu § 1922 BGB von der herrschenden Meinung vertretene Vermögensbegriff, welcher Aktiva und Passiva umfaßt, kann für § 1365 BGB nicht gelten; denn wenn § 1365 BGB den Zweck verfolgt, der Familie die wirtschaftliche Grundlage zu erhalten und dem anderen Ehegatten den etwa entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch zu sichern, so erfordert dieser Zweck nur die Sicherung positiver Vermögenswerte. Für § 1365 BGB kommt also nur ein Vermögensbegriff in Betracht, der lediglich Aktiva umfaßt[2].

Der juristische Vermögensbegriff, von dem die herrschende Meinung[3] ausgeht, führt bei § 1365 BGB in den meisten in Betracht kommenden Fällen zu Ergebnissen, die dem Zweck der Vorschrift entsprechen. Denn er läßt die Passiva unberücksichtigt.

Gegen die Verwendung des juristischen Vermögensbegriffs wird geltend gemacht[4], der Zweck des § 1365 BGB erfordere einen wirtschaftlichen Vermögensbegriff, denn die

---

1) h.M., RGZ 95/14, BGHZ 32/369, BGB-RGRK, § 1922 Bem.10, Planck-Flad, § 1922 Bem.2 a; a.A. Kipp-Coing, § 87 I 2, Staudinger-Boehmer, § 1922 Bem.64 ff; Erman-Bartholomeyczik, § 1922 Bem.2.

2) so auch Lauhoff, S.47; Mülke, Diss. S.65.

3) Enneccerus-Nipperdey, § 131 II.

4) Kemper, S.40 f; Merdsche, NJW 1958/1729 (1730); Schulz-Kersting, JR 1959/134 (135); Sichtermann, DB 1959/163.

materielle Existenz der Familie sei eng mit dem Reinvermögen verknüpft. Ferner ergebe sich aus den Vorschriften der §§ 1374 ff BGB, daß der Gesetzgeber vom wirtschaftlichen Begriff des Vermögens ausgegangen sei; im übrigen werde auch bei § 419 BGB das Vermögen wirtschaftlich gesehen.

§ 1365 BGB geht jedoch vom juristischen Begriff des Vermögens aus. Das ergibt sich aus seinem Zusammenhang mit den §§ 1363, 1364 BGB. Wenn § 1363 Abs. 2 BGB erklärt, das Vermögen des Mannes und das Vermögen der Frau werde nicht gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten, so kann sich diese Regelung nur auf das Aktivvermögen beziehen; denn nur dieses kann nach sachenrechtlichen Grundsätzen gemeinschaftlich werden. Die folgenden Vorschriften (§§ 1364 ff BGB) regeln die Verwaltung des Vermögens durch die Ehegatten. Daß im Rahmen dieser Vorschriften die Vermögensbegriffe wechseln, ist nicht anzunehmen.

Auch ein Vergleich mit den §§ 1374 ff BGB führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Soweit diese Vorschriften vom "Anfangs-" und "Endvermögen" sprechen, handelt es sich um den wirtschaftlichen Vermögensbegriff. § 1374 Abs.1 1. Halbsatz BGB spricht jedoch entscheidend dafür, daß der Gesetzgeber vom juristischen Vermögensbegriff ausgeht; denn es heißt dort ausdrücklich, das Anfangsvermögen ergebe sich durch den Abzug der Verbindlichkeiten vom Vermögen. Verbindlichkeiten können aber nicht abgezogen werden, wenn das Vermögen bereits die Passiva umfaßt. Wenn die §§ 1374 f BGB mit den Begriffen "Anfangvermögen" und "Endvermögen" dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff entsprechen, so ist zu beachten, daß die Vorschriften § 1365 BGB und §§ 1374 ff BGB verschiedene Aufgaben haben, die einen unterschiedlichen Vermögensbegriff bedingen: § 1365 BGB stellt eine Verpflichtungs- und Verfügungsbeschrän-

kung über bestimmte Gegenstände auf; die § 1374 ff BGB dienen der Ermittlung des Zugewinnes der Ehegatten. Auf Grund dieser verschiedenen Aufgaben kann aus den Begriffen des Anfangs- und Endvermögens in den §§ 1374 f BGB für die Auslegung des § 1365 BGB nichts hergeleitet werden[1].

Der wirtschaftliche Vermögensbegriff (Vermögen ist die Differenz zwischen Aktiva und Passiva)[2] wird dem Zweck des § 1365 BGB nicht gerecht; denn bei ihm werden die Verbindlichkeiten berücksichtigt. Aber trotz des Vorhandenseins von Verbindlichkeiten kann das vorhandene Vermögen noch für die Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie eingesetzt werden, wie Mülke[3] eingehend dargelegt hat.

Ferner ist beim wirtschaftlichen Begriff des Vermögens die Gegenleistung, die ein Ehegatte bei einem Gesamtvermögensgeschäft erlangt, bzw. der Anspruch auf die Gegenleistung, zu berücksichtigen, so daß z.B. bei einer gleichwertigen Gegenleistung § 1365 BGB nicht eingriffe und nur für die Fälle der unentgeltlichen Verfügung über das gesamte Vermögen von Bedeutung wäre. § 1365 BGB soll aber nicht nur die Mitwirkung des anderen Ehegatten bei unentgeltlichen Gesamtvermögensgeschäften, sondern auch

---

1) so auch Lauhoff, S.47.

2) vertreten von Kemper, S.41; Riedel, Rpfleger 1961/261 (265); DRiZ 1963/182 (183 Fußn. 6); Schulz-Kersting, JR 1959/134 (135); Sichtermann, DB 1959/163.

3) Diss. S.67.

bei entgeltlichen anordnen[1]. Denn sowohl § 419 BGB läßt die Gegenleistung unberücksichtigt[2], als auch das Vorbild des § 1365 BGB, der § 1444 a.F. BGB, griff bei entgeltlichen Geschäften ein, was sich aus der speziellen Regelung für die unentgeltlichen (§ 1446 a.F. BGB) ergibt[3]. Auch § 1365 Abs.2 BGB hätte nur noch Bedeutung für die wenigen Fälle der unentgeltlichen Gesamtvermögensgeschäfte. Bei § 1365 Abs.1 BGB ist also die Gegenleistung außer Betracht zu lassen[4]. Da der juristische Vermögensbegriff bei der Feststellung des Vermögens weder die persönlichen Verbindlichkeiten noch die Gegenleistung bei einem Gesamtvermögensgeschäft berücksichtigt, eignet er sich am besten für die Auslegung des § 1365 BGB. Ver-

---

1) Beitzke, DB 1961/21 (23); Bosch, FamRZ 1958/289 (294); Fischer, NJW 1960/937 (939); Haegele, Rpfleger 1960/271 (275); Lauhoff, S.88; Mülke, Diss. S.70; Palandt-Lauterbach, § 1365 Bem.2; Reinicke, BB 1960/1002 (1004); Riedel, Rpfleger 1961/261 (268), DRiZ 1963/182 (183); Soergel-Siebert, § 1365 Bem.10; Tiedau, MDR 1958/377 (378); BGHZ 35/135 (145); OLG Hamm, Rpfleger 1960/224.

2) vgl. statt aller Enneccerus-Lehmann, § 86 II 1 b.

3) dazu Mülke, Diss. S.70.

4) a.A. Meyer-Stolte, FamRZ 1961/363 (364); im Ergebnis auch Wörbelauer, NJW 1960/793, und Rittner, FamRZ 61/1 (14,15), die Umsatz- und Anlagegeschäfte (Wörbelauer) von dem Zustimmungserfordernis des § 1365 I BGB ausnehmen bzw. nur die Fälle vorweggenommener Erbfolge (Rittner) dem § 1365 I BGB unterstellen wollen, da nach Wörbelauer das wirtschaftliche Substrat der Familie durch entgeltliche Geschäfte nicht beeinträchtigt werde, und nach Rittner entgeltliche Geschäfte über das Vermögen im ganzen im engeren Sinne kaum vorkommen und Geschäfte über einzelne Gegenstände typischerweise entgeltlich sind.
Gegen Wörbelauer ausdrücklich BGHZ 35/135 (145) und ausführlich zu dieser Frage Mülke, Diss. S.68 ff.

mögen im Sinne des § 1365 BGB sind danach die Aktiva.

Da für den Begriff des Vermögens nicht eine Mehrheit von Gegenständen erforderlich ist[1], kann das Vermögen auch aus lediglich einem einzelnen Gegenstand, z.B. einem Grundstück, bestehen. Für die durch § 1365 BGB angestrebte Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und des späteren Zugewinnausgleiches ist es auch unerheblich, ob das Vermögen eines Ehegatten aus mehreren Gegenständen oder nur einem einzelnen Gegenstand besteht.

Es ist nun zu untersuchen, was unter dem Begriff des "ganzen" Vermögens zu verstehen ist. Einerseits ist Voraussetzung für das Vorliegen von "Vermögen", daß die vorhandenen Gegenstände einen gewissen Mindestwert haben, da geringwertige Gegenstände keinen finanziellen Rückhalt darstellen[2], sie können nicht die wirtschaftliche Grundlage der Familie sein und sind beim späteren Zugewinnausgleich ohne Bedeutung. Andererseits scheidet der Begriff des "Vermögens im ganzen" nicht schon dann aus, wenn einzelne geringfügige Gegenstände von der Verfügung ausge-

---

1) h.M.: Beitzke, FamR § 13 II 1; BGB - RGRK, § 1365 Bem.7, Drove, S.62; Eppig, S.26; Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.3 b; Finke, MDR 1957/514; Gaa, S.45; Haegele, Rpfleger 1960/271 (274); Kemper, S.37; Krüger-Breetzke-Nowack, § 1365 Bem.1; Maßfeller-Reinicke, § 1365 Bem.2; Meyer-Stolte, FamRZ 1959/228; Mülke, AcP 161/129 (130); Palandt-Lauterbach, § 1365 Bem.2; Reinicke, BB 1957/564; Reinicke-Schwarzhaupt, S.17; Riedel, DRiZ 1963/182; Sichtermann, DB 1959/163; Soergel-Siebert, § 1365 Bem.11; Tiedau, MDR 1958/378; 1959/81; BGHZ 35/135; OLG Hamm NJW 1960/1466.

2) RGZ 134/121 (124); Eppig, S.27.

schlossen werden[1]. Da diese Gegenstände für die wirtschaftliche Grundlage der Familie und den späteren Zugewinnausgleich bedeutungslos sind, verlangt der Zweck des § 1365 BGB, die Zustimmung des anderen Ehegatten zu fordern, wenn über nahezu das gesamte Vermögen eines Ehegatten verfügt werden soll[2].

Zur Beantwortung der Frage, wann eine Verfügung über "nahezu" das gesamte Vermögen vorliegt, sind als Abgrenzungskriterien vorgeschlagen worden, bei der Feststellung des Vermögens die gemäß den §§ 811 ff ZPO unpfändbaren Gegenstände auszuschließen[3] und ein Geschäft über das "gesamte" Vermögen schon dann anzunehmen, wenn über 70 % bis 75 % des Vermögens verfügt werde[4], weil eine Vielzahl von Gesetzen 75 % jeweils für das ganze nehme[5]. Solche Abgrenzungskriterien können für die Vermögensfeststellung bei § 1365 BGB dienen, denn im Regelfall werden sie dem

---

1) Berges, KTS 1958/65 (69); Boesebeck, DB 1958/1147; Breetzke, NJW 1960/1466; Drove, S.60; Dunker, MDR 1963/978; Eiselt, JZ 1960/562 (563); Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.3 b; Fischer, NJW 1960/937 (938); Haegele, Rpfleger 1959/242 (243), 1960/271 (274); Koeniger, DRiZ 1959/372; Krüger-Breetzke-Nowack, § 1365 Bem.1; Lorenz, JZ 1959/105 (106); Reinicke BB 1960/1002 (1003); Reithmann, DNotZ 1961/3 (5); BGHZ 35/135 (144); BayObLG, FamRZ 1960/31.

2) Reinicke, BB 1960/1002 (1003); BGHZ 35/135 (143).

3) Mülke, Diss. S.87.

4) Bosch, FamRZ 1959/168; Dunker, MDR 1963/978 (980); Riedel, Rpfleger 1961/261 (266); MDR 1962/4 (6); Schulz-Kersting, JR 1959/134 (138); ferner auch LG Berlin, FamRZ 1959/66; BayObLG, Rpfleger 1960/13 (15), MDR 1960/226.

5) vgl. § 146 AktG, § 53 II GmbHG, § 182 I 2 KO, § 74 I 2 VerglO; ferner §§ 30 a III 2, 74 a, 114 a ZVG.

Schutzgedanken des § 1365 BGB gerecht; jedoch ist zu berücksichtigen, daß diese Abgrenzungsmerkmale nicht schematisch angewandt werden dürfen, da es Fälle gibt, in denen diese Merkmale dem Zweck des Gesetzes nicht entsprechen. So ist z.B. denkbar, daß das Vermögen eines Ehegatten nur aus - unpfändbaren - Gegenständen besteht, die zur Ausübung seiner Berufstätigkeit erforderlich sind. Daß aber bei Veräußerung dieser Gegenstände die Zustimmung des anderen Ehegatten erforderlich ist, unterliegt keinen Bedenken. Andererseits paßt die 75 %-Grenze nicht bei sehr großen Vermögen, da bei diesen selbst durch die Veräusserung von 75 % des Vermögens der Familie die wirtschaftliche Grundlage nicht entzogen wird[1]. Als Ergebnis ist also festzustellen: bei § 1365 BGB muß jeweils im einzelnen Fall geprüft werden, ob das gesamte oder nahezu gesamte Vermögen Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist[2].

Die Sicherung dieses Vermögens eines Ehegatten sucht das Gesetz in § 1365 Abs.1 BGB dadurch zu erreichen, daß es die Verpflichtung, über das Vermögen im ganzen zu verfügen und - falls der andere Ehegatte dem Verpflichtungsgeschäft nicht zugestimmt hatte - die Erfüllung einer solchen Verpflichtung an die Zustimmung des anderen Ehegatten bindet. Dem Gesetz geht es also darum, eine Verfügung eines Ehegatten über sein gesamtes Vermögen zu verhindern, da durch die Verfügung der Ehegatte sich seines Vermögens begibt.

---

1) so hat auch der BGH (WM 1958/493 f) - zu § 419 BGB - angenommen, daß in dem zu entscheidenden Fall eine Veräußerung von 82 % des Verkehrswertes eines Vermögens nicht unter § 419 BGB falle.

2) so auch BGHZ 35/135.

Um dieses Ziel auch wirksam zu erreichen, ist ferner die Verpflichtung zu einer solchen Verfügung beschränkt, weil sonst der Vertragsgegner aus dem - wirksamen - Verpflichtungsgeschäft vertragliche Ansprüche (sei es auf Erfüllung, sei es auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung) geltend machen könnte[1]. Es ist also zunächst zu untersuchen, was unter einer "Verfügung" i.S. des § 1365 Abs.1 BGB zu verstehen ist.

Unter "Verfügung" versteht man im bürgerlichen Recht[2] ein Rechtsgeschäft mit unmittelbarer Einwirkung auf die Rechtslage des Verfügungsgegenstandes (Übertragung, Belastung, Aufhebung, Veränderung des Rechts). Ob mit dieser Begriffsbestimmung bei § 1365 BGB gearbeitet werden kann, ist streitig. Denn wegen der wirtschaftlichen Zielsetzung des § 1365 BGB - Erhaltung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und Sicherung des Zugewinnausgleichsanspruchs - und auf Grund des Gebrauches des Wortes "erfüllen" in § 1365 Abs.1 Satz 2 BGB wird die Auffassung vertreten, der zivilrechtliche Begriff der Verfügung sei für § 1365 BGB nicht maßgebend[3]; § 1365 erfasse vielmehr alle eine "Erfüllung" darstellenden Tatbestände - auch reine Realakte -, die zu einer Einwirkung auf das Vermögen im ganzen und damit zu einer Gefährdung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie führen könnten, z.B. die selbstschuldnerische Bürgschaft, die Vermietung eines Hauses und Verpachtung eines Bauernhofes. Bei dieser Begründung

---

1) Reinicke, BB 1957/564 (567)

2) der Begriff wird im öffentlichen Recht mit einem anderen Inhalt verwendet.

3) Schulz-Kersting, JR 1959/134 (125-138).

wird jedoch verkannt, daß sich das Wort "erfüllen" in Satz 2 des § 1365 Abs.1 BGB auf eine Verpflichtung bezieht, die auf eine V e r f ü g u n g über das gesamte Vermögen des Ehegatten gerichtet ist. Maßgeblich ist also in jedem Fall der Verfügungs- und nicht der Erfüllungsbegriff. So wurde auch das Vorbild des § 1365 BGB, § 1444 a.F. BGB, ausgelegt; der Gesetzgeber hat absichtlich nicht die (dingliche) Verfügung über das "Gesamtgut im ganzen" (bei § 1444 a.F.) oder über das "Vermögen im ganzen" erwähnt, da er von der Erwägung ausging, eine derartige Verfügung sei durch einen einheitlichen Rechtsakt rechtlich nicht möglich[1]. Die Unrichtigkeit der Meinung von Schulz-Kersting ergibt sich ferner aus der gesamten Regelung der §§ 1365 ff BGB; so stellen es die §§ 1366, 1368 BGB auf das Verpflichtungsgeschäft und auf die Verfügung ab.
Die Meinung Schulz-Kerstings ist denn auch überwiegend abgelehnt[2] worden.

Eine andere Auffassung vertritt Wörbelauer[3]. Er geht davon aus, daß auf Grund der allgemein gehaltenen Fassung des § 1365 BGB viele Rechtsgeschäfte zustimmungsbedürftig seien, obwohl sie zu keiner Beeinträchtigung der materiellen Grundlage der Familie führen. Aus diesem Grunde will er aus dem Kreis der von § 1365 BGB erfaßten Geschäfte

---

1) Prot. VI, 279 ff; Staudinger-Engelmann, 9.Aufl., § 1444 Bem. 2 c.

2) Kemper, S.59; Lauhoff, S.87; Mülke, Diss. S.31; Rittner, FamRZ 1961/1 (9); a.A. BGB-RGRK, § 1365 Bem.23, wo auch rein tatsächliche Handlungen wie Verarbeitung und Vermischung unter § 1365 BGB gefaßt werden.

3) NJW 1960/793 (795).

diejenigen ausscheiden, die nur auf eine "Umschichtung und Anlage" des Vermögens abzielen; denn bei diesen Geschäften werde in der Regel das "Substrat" der Familiengemeinschaft nicht angegriffen, vielmehr nur in seiner Zusammensetzung geändert. Diese Auslegung des § 1365 BGB beruht im wesentlichen auf der Auffassung, bei einem Rechtsgeschäft über das Vermögen im ganzen müsse die Gegenleistung berücksichtigt werden. § 1365 BGB stellt aber nicht darauf ab, ob der verfügende Ehegatte durch das Geschäft einen wirtschaftlichen Verlust erleidet[1]. Die Meinung von Wörbelauer entspricht also nicht dem Gesetz und ist daher abzulehnen[2].

Gegenüber diesen, den Verfügungsbegriff rein wirtschaftlich auffassenden Meinungen wird von anderen[3] an der rechtstechnischen Bedeutung des Wortes "Verfügung" festgehalten. Zur Begründung wird angeführt, der Wortlaut des Gesetzes stelle es eindeutig auf den Begriff der "Verfügung" ab, die Auslegung dürfe dem Wortlaut nicht zuwiderlaufen. Hier ist jedoch zu beachten, daß der Gesetzgeber in § 1365 BGB die in § 1364 BGB zum Ausdruck kommende Verfügungsfreiheit der Ehegatten (abgesehen von der Verwaltungsbeschränkung über Hausratsgegenstände, § 1369 BGB) über ihr Vermögen nur für Grenzfälle einschränken wollte, nämlich für die Fälle, daß ein Ehegatte durch ein Geschäft über sein gesamtes Vermögen der Familie die wirtschaftli-

---

1) BGHZ 35/135; Riedel, Rpfleger 1961/261 (268).

2) Kemper, S.58; Mülke, Diss. S.68; Palandt-Lauterbach, § 1365 Bem.2; BGHZ 35/135 (144).

3) Bärmann, JZ 1958/225 (226); Bosch, FamRZ 1958/289 (294), 469 (470); Eppig, S.28; Haegele, Rpfleger 1959/242 (249), 1960/271 (275); Hoche, NJW 1958/2069; Kemper, S.58 f; Mülke, Diss. S.32; LG Bielefeld, FamRZ 1958/376; LG Detmold, NJW 1958/1729.

liche Grundlage entzieht[1]; als Beispiele wurden in den Beratungen des Unterausschusses des Bundestages insbesondere Hofübergabeverträge genannt sowie Verträge, durch die ein Ehegatte sein gesamtes Vermögen gegen eine Leibrente veräußert[2]. Daraus ergibt sich, daß der Gesetzgeber den Interessenwiderstreit, der zwischen der freien Verwaltungsbefugnis jedes Ehegatten über sein Vermögen einerseits und den Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie andererseits zugunsten der Familie nur für die Fälle entschieden hat, in denen durch ein Geschäft über das gesamte Vermögen eines Ehegatten der Familiengemeinschaft das Substrat entzogen wird. Diese Entscheidung des Gesetzgebers liegt dem § 1365 BGB zu Grunde. Wenn der Wortlaut des § 1365 BGB durch den Gebrauch des Begriffs "Verfügung" auch Fälle umfaßt, welche nach der Grundentscheidung des Gesetzgebers nicht erfaßt werden sollten, wie z.B. die Belastung eines Grundstücks im Werte von 100.000 DM mit einer Hypothek von 10.000 DM, so geht es nicht an, durch die Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes die Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten eines erweiterten Familienschutzes zu mißachten[3]. Der Begriff der Verfügung ist vielmehr einengend auszulegen, und zwar so, daß von ihm nur die Geschäfte erfaßt werden, die nach dem Willen des Gesetzgebers von ihm erfaßt werden sollten. Der Gesetzgeber wollte aber nur die Geschäfte vinkulieren, durch die der ehelichen Lebensgemeinschaft die wirtschaftliche Grundlage e n t z o g e n wird. Da das jedoch nicht bei allen Verfügungen im rechtstechnischen Sinne

---

1) Maßfeller-Reinicke, § 1365 Bem.1.

2) Deutscher Bundestag, 2.Wahlperiode 1953, Unterausschuß "Familienrechtsgesetz" des 16.Ausschusses, Prot. Nr.5, S.7,8.

3) Reinicke, NJW 1952/1033 (1036 f).

der Fall ist, wie das oben angeführte Beispiel verdeutlicht, sind die Verfügungen - sollen sie unter § 1365 BGB fallen - daraufhin zu prüfen, ob durch sie der Familie das Substrat entzogen wird. Wann durch eine Verfügung der Familie das Substrat entzogen wird, läßt sich nur nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten entscheiden[1]. Bei wirtschaftlicher Betrachtung liegt eine Entziehung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie dann vor, wenn dem Vermögen des verfügenden Ehegatten der wirtschaftliche Wert genommen wird. Denn mag auch bei der hypothekarischen Belastung eines - das ganze Vermögen eines Ehegatten darstellenden - Grundstücks dieses noch im Eigentum des Ehegatten bleiben; als für die Familie verwertbares Objekt steht es jedoch nur insoweit zur Verfügung, wie der in dem Grundstück enthaltene Wert realisiert werden kann.

Mit dieser Betrachtungsweise werden aus der Vielzahl von Verfügungen (im rechtstechnischen Sinne), welche über die das Vermögen einer Person ausmachenden Gegenstände möglich sind, nur diejenigen der Zustimmung des anderen Ehegatten gemäß § 1365 BGB unterworfen, welche nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes zustimmungsbedürftig sein sollen. Aus der Tatsache, daß im Rahmen von § 1365 BGB der juristische Vermögensbegriff maßgebend ist, folgt nichts

---

1) h.M.: Boehmer, FamRZ 1959/1 f; Boesebeck, DB 1958/1147; Drove, S.62; Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.3 b, 5 a dd; Fischer, NJW 1960/937 (939); Gaa, S.92; Koeniger, DRiZ 1959/372; Lorenz, JZ 1959/106; Meyer-Stolte, FamRZ 1961/363 (364); Merdsche, NJW 1958/1730; Palandt-Lauterbach, § 1365 Bem.2; Reinicke, BB 1960/1002 (1003); Reithmann, DNotZ 1961/1 (5); Riedel, Rpfleger 1961/261 (267), MDR 1962/4 (6), DRiZ 1963/182 (184); Schulin, DRiZ 1959/76 (79); Sichtermann, DB 1959/163 (164); Tiedau, MDR 1959/79 (81), MDR 1961/721 (724); BayObLG, FamRZ 1960/31; OLG Düsseldorf, JMinBl NRW 1959/53; OLG Hamm, NJW 1959/104, FamRZ 1959/166; OLG Karlsruhe, DNotZ 1959/315.

für die Frage, ob der Verfügungsbegriff durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise eingeengt werden kann.

Die Bedenken, welche gegen diese wirtschaftliche Betrachtungsweise geltend gemacht werden, schlagen nicht durch. Soweit angeführt wird, der Gesetzeswortlaut sei mit dem Gebrauch des Begriffes "verfügen" eindeutig und lasse somit eine wirtschaftliche Betrachtung der Verfügungen nicht zu[1], kann dem nicht gefolgt werden, da feststeht, daß der Gesetzgeber nicht alle denkbaren Verfügungen im technischen Sinne an die Zustimmung des Ehegatten binden wollte. Wenn das aber der Fall ist, kann der Wortlaut des Gesetzes allein nicht maßgebend sein[2].
Kemper[3] führt seine Auffassung auch nicht konsequent durch; er schränkt den Verfügungsbegriff ein und läßt unter § 1365 BGB nur die Verfügungen fallen, welche das Gesamtvermögen eines Ehegatten gefährden. Dieses geschieht mit der Begründung, die ratio des Gesetzes erfordere diese einschränkende Interpretation. Daß nach der ratio des Gesetzes jedoch nicht schon die G e f ä h r d u n g der wirtschaftlichen Grundlage der Familie vermieden werden soll, sondern die E n t z i e h u n g derselben, ist oben[4] dargelegt worden. Daher kann auch nicht die Belastung eines - das gesamte Vermögen eines Ehegatten darstellenden - wertvollen Grundstückes mit einer geringfügigen Hypothek mit der Begründung gemäß § 1365 BGB zustimmungsbedürftig sein, daß jede hypothekarische Belastung die G e f a h r eines Verlustes des gesamten Grundstücks

1) LG Bielefeld, FamRZ 1958/376; Hoche, NJW 1958/2069; Kemper, S. 58.

2) Brox, S. 105 f; Reinicke, NJW 1952/1033 (1036).

3) S. 59.

4) S. 42.

in sich berge[1].

Gegenüber der nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes gebotenen Einschränkung des Begriffs der Verfügung durch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise kann ferner nicht geltend gemacht werden, diese Einschränkung führe zu "unübersehbaren Schwierigkeiten"[2]. Zwar würde die Meinung, welche zu den "Verfügungen" i.S. des § 1365 BGB alle Verfügungen im technischen Sinne zählt, eine klarere Abgrenzung zwischen den zustimmungsbedürftigen und zustimmungsfreien Gesamtvermögensgeschäften eines Ehegatten ermöglichen; aber die Schwierigkeiten, welche sich bei den Feststellungen ergeben, ob durch eine Verfügung ein Ehegatte nahezu sein gesamtes Vermögen der Familie entzieht, sind nicht so groß, daß sie in der Praxis nicht bewältigt werden könnten[3] und der Sinn und Zweck des Gesetzes hinter sie zurücktreten müßte. Daher wird zu Recht von der herrschenden Meinung der Begriff der Verfügung mit Hilfe einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise eingeschränkt[4].

---

1) so aber Hoche, NJW 1958/2069; Kemper, S.61; Meyer-Stolte, FamRZ 1959/228 (233).

2) Kemper, S.62; ferner Bosch, FamRZ 1958/289 (294), 1958/469 (470), 1959/167 (168); Haegele, Rpfleger 1959/242 (249); LG Detmold, NJW 1958/1729.

3) das muß selbst Haegele - Rpfleger 1960/271 (275) - zugeben.

4) Drove, S.62; Dunker, MDR 1963/978 (979); Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.3 b; Koeniger, DRiZ 1959/372; Lorenz, JZ 1959/105 (106); Merdsche, NJW 1958/1729 (1730); Obermüller, BB 1958/535; Palandt, § 1365 Bem.2; Reinicke, BB 1960/1002 (1003); Reithmann, DNotZ 1961/1 (5); Riedel, Rpfleger 1961/261 (267), DRiZ 1963/182 (184); Schulz-Kersting, FamRZ 1959/67 (68), JR 1959/134 (137); Sichtermann, DB 1959/163 (164); Tiedau, MDR 1959/79 (81); BayObLG, FamRZ 1960/31; OLG Düsseldorf, JMinBlNRW 1959/53; OLG Hamm NJW 1959/104; unentschieden Soergel-Siebert, § 1365 Bem.20,21.

Zum Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familiengemeinschaft sowie des Ausgleichsanspruchs ist den Ehegatten in § 1365 BGB nicht nur eine Verfügungsbeschränkung auferlegt worden, sondern darüber hinaus auch eine Verpflichtungsbeschränkung; diese umfaßt die Geschäfte, in denen ein Ehegatte sich verpflichtet, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen. Nach dem Wortlaut des § 1365 Abs.1 Satz 1 BGB kann zweifelhaft sein, ob nur solche Verpflichtungsgeschäfte zustimmungsbedürftig sind, welche ausdrücklich eine Verfügung über das "Vermögen im ganzen" (als Sachgesamtheit) zum Inhalt haben, oder auch solche, in denen die Vermögensgegenstände einzeln genannt sind, diese aber das gesamte Vermögen eines Ehegatten darstellen.

Während die herrschende Meinung[1] der letzteren Auffassung folgt, meint Rittner[2], der Begriff des Vermögens im ganzen in § 1365 BGB sei schon nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht im objektiven Sinne auf den G e g e n s t a n d , sondern auf den I n h a l t des Geschäfts zu beziehen,

---

1) Bosch, FamRZ 1957/189 (195), 1958/289 (294); Drove, S.60; Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.3 b; Finke, MDR 1957/514; Frank, NJW 1959/135 (136); Gaa, S.49; Haegele, Rpfleger 1960/271 (272); Hoche, NJW 1958/2069; Koeniger, DRiZ 1959/372; Krüger-Breetzke-Nowack, § 1365 Bem.1; Lorenz, JZ 1959/105 (106); Merdsche, NJW 1958/1729; Maßfeller-Reinicke, § 1365 Bem.2; Palandt, § 1365 Bem.2; BGB-RGRK, § 1365 Bem.6; Riedel, Rpfleger 1961/261 (268); BGHZ 35/135 (143); BayObLG, FamRZ 1960/31; AG Bremen, Rpfleger 1960/16; OLG Celle, NJW 1960/437; OLG Düsseldorf, JMinBlNRW 1959/53; OLG Hamm, NJW 1959/104.

2) FamRZ 1961/1 (2,10).

wie ihn die Vertragsparteien bestimmten. Die Vorschrift betreffe also nur die Fälle, in denen der Ehegatte sich verpflichte, über sein Vermögen als solches, en bloc, woraus es auch immer bestehe, zu verfügen.

Zunächst wirft Rittner der herrschenden Meinung vor[1], sie lehne sich an andere Vorschriften, die §§ 419, 1444 a.F. und § 1822 Ziffer 1 BGB, an und gerate so auf einen falschen Weg. § 419 BGB ergebe nichts Verbindliches für die Auslegung des § 1365 BGB, da die beiden Vorschriften nach Tatbestand, Rechtsfolge und Gesetzeszweck verschieden seien. Im übrigen erfasse § 419 BGB seiner Entstehungsgeschichte nach nur Verträge über das Vermögen als Vertragsinhalt, doch habe die Rechtsprechung[2] diese Bestimmung auch auf die Fälle objektiver Vermögensübertragung angewandt. Das sei jedoch nur im Wege einer Analogie möglich; ob eine solche berechtigt sei, sei hier nicht zu erörtern. Wenn es der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 1365 BGB für möglich gehalten habe, daß diese Bestimmung sowohl die Rechtsgeschäfte erfasse, deren Inhalt auf die Verfügung über das Vermögen im ganzen gerichtet sei, als auch solche, die lediglich objektiv das gesamte Vermögen eines Ehegatten erfaßten, so sei diese Meinung irrig[3].

Rittner geht zu Recht bei der Auslegung vom Gesetzeswortlaut aus. Es ist jedoch nicht zwingend, daß der Begriff "Vermögen im ganzen" nur so zu verstehen sei, daß er den Inhalt des Rechtsgeschäfts bilde. Der Wortlaut läßt es zu,

---

1) FamRZ 1961/1 (3).

2) RGZ 123/52.

3) FamRZ 1961/1 (13).

diejenigen Geschäfte als durch § 1365 BGB erfaßt anzusehen, durch welche die Gesamtheit der Vermögensgegenstände eines Ehegatten betroffen werden sollen; "Vermögen im ganzen" kann also auch aufgefaßt werden als Sammelbezeichnung für die betroffenen Gegenstände[1]. Damit kann dem Gesetzeswortlaut allein nicht der Sinn der Vorschrift entnommen werden.

Wenn Rittner darzutun versucht, § 419 BGB gehe von demselben Vertragstyp aus wie § 311 BGB und könne daher wohl seine Ansicht, nicht aber die der herrschenden Meinung stützen, so ist dem entgegenzuhalten, daß nach der überwiegenden Auffassung[2] § 419 BGB nicht einen solchen Vertrag wie § 311 BGB voraussetzt, sondern auch dann eingreift, wenn objektiv das gesamte Vermögen übertragen wird. Diese Auslegung des § 419 BGB hat der Gesetzgeber gesehen, jedoch - wie sich aus den Gesetzesmaterialien[3] ergibt - offen gelassen, ob § 1365 BGB ebenso wie § 419 BGB ausgelegt werden soll. Man kann also nicht - wie Rittner es tut - die Vorstellung des Gesetzgebers als Irrtum bezeichnen und einfach unberücksichtigt lassen.

Rittner zieht auch § 1444 BGB a.F. zur Begründung seiner Meinung heran. Diese Vorschrift habe - wie sich aus ihrer Entstehungsgeschichte[4] ergebe - nur Rechtsgeschäfte erfaßt, die nach den Parteierklärungen auf eine Gesamtguts-

---

1) so auch Mülke, AcP 161/129 (136); Riedel, DRiZ 1963/182 (183).

2) statt aller Erman-Westermann, § 419 Bem.2.

3) Bericht des Abgeordneten Dr.Seidl zu BT-Drucksache 3409 des 2.Deutschen Bundestages S.6.

4) Motive IV 351 f.

verfügung als solche gerichtet gewesen seien. Die häufig zitierte Entscheidung des Reichsgerichts[1], die sich mit der Auslegung des § 1444 BGB a.F. befasse, gebe für die herrschende Meinung nichts her, da sie einen Fall betreffe, bei welchem die Frage, ob die Bestimmung eingreife, wenn nur einzelne Gegenstände in Rede stehen, nicht zu entscheiden gewesen sei.
Zwar hat bei der Schaffung des Gleichberechtigungsgesetzes § 1444 BGB a.F. als Vorbild für § 1365 Abs.1 BGB gedient. Der Gesetzgeber hat aber dadurch, daß er im Gleichberechtigungsgesetz keine den §§ 1445, 1446 BGB a.F. ähnliche Bestimmungen geschaffen hat, dem § 1365 BGB einen größeren Anwendungsbereich gegeben, als er für § 1444 BGB a.F. vorhanden war. Aus der Tatsache allein, daß § 1444 BGB a.F. Vorbild für § 1365 Abs.1 BGB war, kann über den Wirkungsbereich des § 1365 BGB nichts hergeleitet werden[2].

Rittner stützt sich bei der Auslegung des § 1365 BGB auf die Vorschriften der §§ 311, 330, 1085 BGB[3].

In diesen Bestimmungen ist nach einhelliger Ansicht das Vermögen als solches gemeint. Für die Auslegung von § 1365 BGB besagt diese Tatsache nichts, solange nicht festgestellt ist, daß die Vorschrften den gleichen Zweck wie § 1365 BGB erfüllen sollen. Eine solche Feststellung trifft Rittner jedoch nicht; hätte er diese Frage geprüft, dann hätte er bemerkt, daß die von ihm vergleichsweise herangezogenen Vorschriften eine von § 1365 BGB verschiedene Zweckrichtung haben.

---

1) RGZ 94/314.

2) so auch Mülke,Diss.S.54; Riedel, DRiZ 1963/182 (183).

3) FamRZ 1961/1 (12 f).

§ 311 BGB bezweckt den Schutz vor der übereilten Eingehung einer Verpflichtung, sein Vermögen en bloc zu übertragen[1]. Dieser Schutz ist erforderlich, da der Vertragschließende in solchen Fällen oft keine sichere Vorstellung über den Umfang der von ihm eingegangenen Verpflichtung hat. Werden die einzelnen Gegenstände, die veräußert werden sollen, in dem Vertrag bestimmt bezeichnet, so ist der Vertrag nicht formbedürftig, auch wenn die Gegenstände das gesamte Vermögen des einen Vertragspartners darstellen. § 1365 BGB hat einen anderen Zweck. Er soll verhindern, daß der Ehe und Familie durch Geschäfte des einen Ehegatten die wirtschaftliche Grundlage entzogen wird. Hierbei ist es gleichgültig, ob ein Ehegatte über sein ganzes Vermögen en bloc oder über die einzelnen sein gesamtes Vermögen darstellenden Gegenstände verfügt. § 311 BGB hat also eine andere Aufgabe als § 1365 BGB; er eignet sich demnach nicht zu einem Vergleich bei der Auslegung des § 1365 BGB. - Die §§ 330 und 1058 BGB greifen auf den Vertragstyp des § 311 BGB zurück[2], können also nicht neben § 311 BGB noch von Rittner herangezogen werden.

Schließlich spricht nach Rittners Ansicht[3] § 1822 Ziffer BGB, welcher seinem Wortlaut nach dem § 1365 BGB ähnelt, für die Ansicht, daß auch bei § 1365 BGB nicht die Verfügung über Einzelgegenstände gemeint sei, wie es der Bundesgerichtshof[4] bei der Auslegung des § 1822 BGB zu Recht entschieden habe.

---

1) Motive II 188; BGHZ 25/1 (4 f).

2) Soergel-Siebert, § 330 Bem.16, § 1085 Bem.2.

3) FamRZ 1961/1 (3, 12).

4) DNotZ 1957/503 (504).

Es ist jedoch fraglich, ob § 1822 Ziffer 1 BGB ebenso wie § 311 BGB nur solche Verträge betrifft, bei denen der Wille der Vertragspartner auf eine Verpflichtung zur Übertragung des Vermögens als solches einer Partei geht. § 1822 Ziffer 1 BGB soll den Mündel durch das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung nicht davor schützen, daß der Vormund das Vermögen des Mündels en bloc überträgt. Der Mündel soll davor bewahrt werden, daß er die Substanz seines Vermögens verliert. Bei diesem Zweck der Vorschrift ist es einerlei, ob über das Mündelvermögen durch ein Geschäft über das Vermögen als solches oder über die einzelnen Gegenstände des Vermögens verfügt werden soll. § 1822 Ziffer 1 BGB ist daher nicht wie § 311 BGB auszulegen[1].

Die Auslegungsmethode Rittners krankt daran, daß Rittner der Vorstellung des Gesetzgebers über den Anwendungsbereich des § 1365 BGB keine Bedeutung beimißt, sie vielmehr als Irrtum bezeichnet, und ferner die ratio legis erst dann berücksichtigen will, wenn "das kunstgerechte Auslegungsverfahren zu keinem (klaren) Ergebnis geführt hat"[2]. Jedoch gerade die ratio einer gesetzlichen Regelung ist für die Sinnermittlung von besonderer Bedeutung[3]. Das verkennt Rittner; deshalb kommt er zu einem Ergebnis, bei welchem § 1365 BGB praktisch völlig bedeutungslos ist. Es ist also weiterhin - entgegen Rittner[4] - davon auszugehen, daß § 1365 BGB auch dann eingreifen kann, wenn Ge-

---

1) vgl. dazu Reinicke, DNotZ 1957/505 (508).

2) Rittner, FamRZ 1961/1 (4).

3) Staudinger-Coing, Einl. vor § 1 Bem.57.

4) dessen Meinung sich Schlegelberger-Geßler,HGB,§ 105 Bem.55 a, und Tiedau, MDR 1961/721 f teilweise angeschlossen haben.

genstand des Rechtsgeschäfts objektiv das ganze Vermögen eines Ehegatten ist. (Ob es allerdings für § 1365 BGB stets genügt, daß das ganze Vermögen objektiv Gegenstand des Rechtsgeschäfts ist - sog. objektive Theorie -, ist noch zu erörtern).

Ferner ist zu untersuchen, ob § 1365 BGB eingreift, wenn ein Ehegatte eine Verfügung über sein Vermögen im ganzen vornimmt, ohne daß dieser Verfügung ein Verpflichtungsgeschäft zugrunde liegt.

Bei den Vinkulierungsbestimmungen steht die Beschränkung der V e r f ü g u n g s m a c h t[1] im Vordergrund. Die Vinkulierung der V e r p f l i c h t u n g s g e s c h ä f t e soll die Erreichung des mit der Verfügungsbeschränkung verfolgten Zweckes sichern. Aus der Formulierung des § 1365 Abs.1 Satz 2 BGB, nach der ein Ehegatte eine ohne Zustimmung des anderen Ehegatten eingegangene Verpflichtung nur erfüllen kann, wenn der andere Ehegatte einwilligt, leiten Rittner[2] und Mülke[3] die Folgerung ab, ein Ehegatte könne ohne Zustimmung des anderen alle Verfügungen vornehmen, die nicht zur Erfüllung einer Verpflichtung vorgenommen werden.
Diese Auslegung entspricht aber nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers. Das ergibt sich aus folgender Überlegung: § 1367 BGB soll ebenso wie § 1366 BGB die Rechtsfolgen regeln, die sich aus einem Verstoß gegen § 1365 BGB ergeben.

---

1) Beitzke, JR 1961/342 (343); Kemper, S.56; Lauhoff, S.13; Rittner, Sonderdruck, S.XL.

2) FamRZ 1961/1 (5), Sonderdruck, S.XL.

3) Diss. S.34.

Als für § 1367 BGB typischen Fall hatte der Gesetzgeber[1] vor Augen, daß der Ehegatte, über dessen Vermögen ein Dritter als Nichtberechtigter ein unter § 1365 BGB fallendes Rechtsgeschäft vorgenommen hat, dieses Rechtsgeschäft genehmigt. Eine solche Genehmigung der Verfügung eines Nichtberechtigten ist eine Verfügung[2], die nicht auf einem Verpflichtungsverhältnis zwischen dem Nichtberechtigten und dem genehmigenden Ehegatten beruht. Wenn Mülke[3] ausführt, durch die Genehmigung erkenne der Ehegatte das Verpflichtungsgeschäft zwischen dem Nichtberechtigten und dem Dritten auch für sich als rechtliche Grundlage an, so verkennt er, daß die Genehmigung ebenso wie das vom Nichtberechtigten vorgenommene Verfügungsgeschäft nur die d i n g l i c h e n Beziehungen zwischen den Beteiligten betrifft. In schuldrechtlicher Hinsicht trifft der Ehegatte durch die Genehmigung keine Regelung.

Auch mit dem durch die §§ 1365 ff BGB verfolgten Zweck ist es nicht vereinbar, wenn der Anwendungsbereich der - selbst nach Rittners Auffassung[4] - im Vordergrund stehenden Verfügungsbeschränkung durch eine hinzutretende Verpflichtungsbeschränkung eingeengt würde; denn mit der Verpflichtungsbeschränkung soll erreicht werden, daß der Ehegatte nicht auf Grund des wirksamen Verpflichtunhsgeschäfts von seinem Vertragspartner auf Erfüllung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen wird[5].

---

1) vgl.amtliche Begründung des Reg.Entwurfs zu § 1374 BGB - dem heutigen § 1367 BGB, abgedruckt bei Maßbeller-Reinicke, S.472.

2) Staudinger-Coing, Einl.vor § 104 Bem.68.

3) Diss. S.37.

4) vgl. oben S.52 Fußnote 1.

5) Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.2 b.

Gegenüber den oben dargelegten Vorstellungen des Gesetzgebers von dem Anwendungsbereich der §§ 1365 ff BGB und dem Zweck dieser Vorschriften muß der Wortlaut des § 1365 Abs.1 Satz 2 BGB als nur eines der verschiedenen Auslegungselemente, das stets entkräftet werden kann, wenn andere sachliche Gründe vorliegen[1], zurücktreten.

Die durch § 1365 BGB vinkulierten Verfügungen sind also nicht nur solche, die zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgen, sondern auch die "isolierten"[2].

Zusammenfassend ist also festzustellen: Das Gesetz erreicht den Schutz der wirtschaftlichen Grundlage der Familie sowie die Sicherung des potentiellen Ausgleichsanspruchs dadurch, daß es sowohl die Verfügung eines Ehegatten über sein Vermögen im ganzen als auch die Verpflichtung zu einer solchen Verfügung an die Zustimmung des anderen Ehegatten bindet. § 1365 BGB ist auch dann anwendbar, wenn die Rechtsgeschäfte einen oder mehrere Gegenstände betreffen, falls diese das gesamte (oder nahezu gesamte) Vermögen des Ehegatten darstellen. Es sind nicht nur die Verfügungen vinkuliert, welche zur Erfüllung einer Verpflichtung vorgenommen werden, sondern auch solche, denen eine Verpflichtung nicht zu Grunde liegt.

§ 4 Der Schutz des Rechtsverkehrs

Bei der oben[3] dargestellten Auslegung des Vermögens-

1) Enneccerus-Nipperdey, § 56 I 4.

2) so auch Beitzke,JR 1961/342 (343); Dölle,FamR S.756; a.A.OLG Hamm, FamRZ 1960/276 (278), unter zu starker Anlehnung an den Wortlaut des § 1365 I 2 BGB.

3) S. 33 ff.

begriffs in § 1365 BGB ergeben sich Schwierigkeiten für den Rechtsverkehr in den Fällen, in denen das Rechtsgeschäft einen oder einzelne Gegenstände eines Ehegatten betrifft. Hinter diesen Geschäften kann sich (objektiv) ein solches über das gesamte Vermögen verbergen, ohne daß dieser Umstand erkennbar ist. Der Vertragspartner des Ehegatten muß also gewärtigen, daß das Rechtsgeschäft mangels der Zustimmung des anderen Ehegatten - schwebend - unwirksam ist.

Diese Erschwerung des Rechtsverkehrs tritt nicht bei den Geschäften auf, die sich schon ihrem Inhalte nach auf das Vermögen eines Ehegatten als solches beziehen; in diesen Fällen ist für den Vertragspartner des Ehegatten offenkundig, daß der andere Ehegatte zustimmen muß.

Die genannten Schwierigkeiten für den Rechtsverkehr nimmt die "objektive Theorie"[1] mit der Begründung hin, nur auf diesem Wege biete § 1365 BGB einen wirksamen Schutz der materiellen Grundlage der Familie, der Wortlaut des § 1365 BGB enthalte keine subjektiven Tatbestandsmerkmale und schließlich müsse der Gedanke der Sicherheit des Rechtsverkehrs hinter den Interessen von Ehe und Familie zurücktreten.

---

1) die § 1365 BGB immer anwenden will, wenn der Vermögensgegenstand, über welchen verfügt werden soll, tatsächlich im wesentlichen das gesamte Vermögen des Ehegatten bildet. Sie wird vertreten von Beitzke, DB 1961/21 (22); Bosch, FamRZ 1957/89 (191); 1958/289 (294); Lauhoff, S.60; Linderhaus, NRhNotK 1960/148 (162) - zitiert nach Haegele, Rpfleger 1960/271 (274); Lorenz, JZ 1959/105 (106); Pikalo, RdL 1958/281 (289); Schulz-Kersting, JR 1959/134 (138); Weimar, NJW 1960/2002.

Demgegenüber versucht die herrschende "subjektive Theorie"[1], die Erschwerungen für den Rechtsverkehr auszuräumen, indem sie § 1365 BGB bei der Verfügung über einzelne Gegenstände nur anwendet, wenn der Vertragspartner des Ehegatten weiß, daß der Ehegatte über sein gesamtes Vermögen verfügt. Zur Begründung der subjektiven Theorie werden verschiedene Gesichtspunkte herangezogen.
Einmal wird auf die Entstehungsgeschichte der Vorschrift verwiesen; denn in dem Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages[2] heißt es:

> ".....Jedenfalls aber setzt nach Ansicht des Ausschusses die Anwendbarkeit des § 1365 voraus, daß die Parteien, wenn ihr Wille nur auf die Übertragung eines Vermögensgegenstandes oder einer Mehrheit von Vermögensgegenständen gerichtet ist, die positive Kenntnis davon haben, daß der einzelne Gegenstand oder die Mehrheit der Gegenstände das gesamte Vermögen des Ehegatten darstellt (vgl. RG 94/317)".

Ferner wird geltend gemacht, die subjektive Theorie werde auch bei § 419 BGB angewandt; dies sei auch bei der Auslegung des § 1444 BGB a.F. geschehen.

---

1) Boehmer, FamRZ 1959/1 (4); Boesebeck, DB 1958/1147; Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.4; Finke, MDR 1957/514 (515); Gaa, S.51; Kemper, S.106; Koeniger, DRiZ 1959/372 (373); Krüger-Breetzke-Nowack, § 1365 Bem.1; Maßfeller-Reinicke, § 1365 Bem.2; Mülke, Diss.S.125; Palandt-Lauterbach, § 1365 Bem.2; Reinicke, BB 1957/564 (565); NJW 1957/889 (890); BB 1960/1002 (1003); BGB-RGRK, § 1365 Bem.13; Riedel, DRiZ 1963/182 (185); Schulin, DRiZ 1959/76 (79); Sichtermann, DB 1959/163 (164); Tiedau, MDR 1958/377 (379); OLG Frankfurt, NJW 1960/2002; OLG Hamm, NJW 1960/1466.

2) zu BT-Drucksache 3409 des 2. Deutschen Bundestages, S.6.

Schließlich würde die objektive Theorie eine ungewöhnliche Beeinträchtigung der Sicherheit des Rechtsverkehrs herbeiführen.

Aus dem Wortlaut des § 1365 BGB ergibt sich unmittelbar nicht ein subjektives Tatbestandsmerkmal wie die Kenntnis des Dritten davon, daß es sich um ein Gesamtvermögensgeschäft handelt.

Aus der Regelung des § 1444 BGB a.F., dem Vorbild des § 1365 BGB, kann eine Stütze für die subjektive Theorie nicht gewonnen werden, da bei dieser Vorschrift wegen ihrer geringen praktischen Bedeutung die Frage nach der objektiven oder subjektiven Theorie nicht akut geworden ist[1].

Daß die subjektive Theorie nicht mit einer Analogie zu § 419 BGB begründet werden kann, haben Eppig[1a] und Mülke[2] dargelegt mit der Begründung, § 419 und § 1365 BGB gingen von verschiedenen Tatbeständen aus, die nicht miteinander vergleichbar seien: § 419 BGB knüpfe die Haftung des Übernehmens zugunsten der Gläubiger des Übergebers an die Übergabe des Vermögens; § 1365 BGB mache die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts zugunsten der Familie von der Zustimmung des anderen Ehegatten abhängig. Der Schutz der Gläubigerinteressen und die Sicherung der Familie seien nicht miteinander zu vergleichen. Aus der Tatsache, daß bei § 419 BGB die Reichweite der Vorschrift durch die subjek-

---

1) Knur, DNotZ 1957/451 (454).

1a) S. 53 ff.

2) Diss. S. 111 ff.

tive Theorie eingeschränkt wird[1], kann nicht § 1365 BGB - wenn bei der Anwendung der objektiven Theorie bestimmte Fälle nicht zufriedenstellend gelöst werden können - ebenfalls durch die subjektive Theorie eingeschränkt werden, ohne daß festgestellt wird, ob eine solche Einschränkung der Vorschrift zulässig ist. Diese Frage kann nicht durch eine Analogie zu § 419 BGB gelöst werden.

Die Anwendung der subjektiven Theorie zum Schutz des Rechtsverkehrs wird insbesondere mit der Begründung abgelehnt[2], der Gedanke des Schutzes der Familie habe Vorrang vor dem des Verkehrsschutzes. Diese Argumentation berücksichtigt jedoch nicht, daß von § 1365 BGB zwei Vertragstypen erfaßt werden: einmal die Verträge, die das Vermögen als solches zum Inhalt haben, zum anderen die Verträge über einzelne Gegenstände, welche das ganze Vermögen eines Ehegatten darstellen.
Bei dem erstgenannten Verträgen weiß der Vertragspartner des Ehegatten auf Grund des Wortlautes des Vertrages, daß es um das gesamte Vermögen des Ehegatten geht; er muß demnach von dem Zustimmungserfordernis ausgehen.
Bei den Rechtsgeschäften über e i n z e l n e Vermögensgegenstände kann der Dritte aber nur dann mit der Zustimmungsbedürftigkeit rechnen, wenn er weiß, daß der Geschäftsgegenstand tatsächlich das gesamte Vermögen des Ehegatten bildet. Die Berücksichtigung dieser Kenntnis bewirkt also lediglich die gleichmäßige Behandlung beider im Rahmen des § 1365 BGB möglichen Fallgruppen. Durch die subjektive Theorie wird also der Schutz des Rechtsverkehrs

1) Erman-Westermann, § 419 Bem.4.

2) Lauhoff, S.59; Mülke, AcP 161/129 (157); Weimar, NJW 1960/2002.

nur in dem Umfange gewährleistet, wie er bei den Verträgen über das Vermögen als solches von der Natur der Sache her gegeben ist.
Durch die subjektive Theorie wird der Verkehrsschutz auch nicht weiter ausgedehnt, als er nach der Wertung, die der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 1365 BGB getroffen hat, reichen sollte. Denn wie sich aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift ergibt[1], sollen auf der Seite des Vertragspartners des Ehegatten subjektive Momente berücksichtigt werden. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist zu beachten, auch wenn sie im Wortlaut des Gesetzes nicht zum Ausdruck gekommen ist[2].

Nach Kemper[3] soll die subjektive Theorie - entgegen der herrschenden Ansicht - auch bei Geschäften über den Inbegriff von Vermögenswerten angewendet werden, da die unterschiedliche Behandlung "dogmatisch inkonsequent" sei. Hierbei verkennt Kemper, daß die subjektive Theorie gerade dazu herangezogen wird, um die Fälle der Verfügung über E i n z e lvermögensgegenstände denen gleichzubehandeln, bei denen sich das Geschäft auf das ganze Vermögen als solches bezieht.
Im Rahmen des § 1365 BGB ist also bei den Rechtsgeschäften eines Ehegatten über sein Vermögen als solches die objektive, bei den Geschäften über einzelne oder mehrere Vermögensgegenstände die subjektive Theorie anzuwenden.

---

1) vgl. den oben S.56 angeführten Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages!

2) Reinicke, NJW 1952/1033 (1036 f).

3) S. 108 f.

Weiter muß untersucht werden, ob die subjektive Theorie - wie Kemper[1] und Mülke[2] es vorschlagen - insoweit einzuschränken ist, daß § 1365 BGB nur eingreift, wenn der Dritte u n v e r s c h u l d e t nicht weiß, daß der Ehegatte über sein gesamtes Vermögen verfügt. Nach dieser "eingeschränkten" subjektiven Theorie wird der Vertragspartner des Ehegatten genügend geschützt, wenn ihm zur Pflicht gemacht werde, sich zu vergewissern, ob der Geschäftsgegenstand das gesamte Vermögen des Ehegatten darstelle; erlange er ohne Fahrlässigkeit keine entsprechende Kenntnis, so sei § 1365 BGB nicht anwendbar, der Vertrag also ohne Zustimmung des anderen Ehegatten wirksam. Durch diese Einschränkung gewährt die subjektive Theorie der Familie einen größeren Schutz, da nach der subjektiven Theorie, welche § 1365 BGB nur bei positiver Kenntnis anwendet, weniger Fälle von § 1365 BGB erfaßt werden, als wenn schon fahrlässige Unkenntnis das Eingreifen von § 1365 BGB bewirkt.
Bei dieser Einschränkung der subjektiven Theorie wirkt sich jedoch der Fehler aus, daß nicht genügend der Zweck der subjektiven Theorie beachtet wird, gewisse von § 1365 BGB erfaßte Fälle - die Rechtsgeschäfte über Einzelgegenstände - entsprechend den Rechtsgeschäften über das ganze Vermögen als solches zu lösen. Denn bei letzteren weiß der Dritte positiv, daß sein Vertragspartner (Ehegatte) über sein gesamtes Vermögen verfügen will; bei Geschäften über Einzelgegenstände kann sich hinger jedem solchen Geschäft ein Gesamtvermögensgeschäft verbergen, ohne daß dieser Umstand dem Dritten erkennbar ist. Nur auf Grund der Tatsache aber, daß Geschäftsgegenstand einmal "das gesamte Ver-

1) S. 109 f.

2) Diss. S.125.

mögen", ein anderes Mal einzelne, das ganze Vermögen darstellende Gegenstände, bilden, kann dem Dritten nicht für eine Fallgruppe eine besondere Erkundigungspflicht auferlegt werden. - Die "eingeschränkte" subjektive Theorie findet - im Gegensatz zu der nicht eingeschränkten - in den Materialien des Gesetzes keine Stütze[1]. Die von Kemper und Mülke vertretene eingeschränkte subjektive Theorie ist daher abzulehnen.

Auf die Frage des Verschuldens kann es bei der Erlangung der Kenntnis von der Tatsache, daß es sich um ein Gesamtvermögensgeschäft handelt, nur insoweit ankommen, als sich der Dritte böswillig der Kenntnisnahme verschließt. In einem solchen Fall, in dem sich ein redlich Denkender der Überzeugung nicht verschließen würde, es handele sich bei dem Geschäft um das gesamte Vermögen des Ehegatten, muß entsprechend den Grundsätzen, welche der Bundesgerichtshof zu § 990 BGB entwickelt hat[2], die Kenntnis des Dritten angenommen werden.

Aus der oben dargestellten Begründung der subjektiven Theorie ergibt sich auch die Antwort auf die Frage, wer die Beweislast für die Kenntnis oder Nichtkenntnis von dem Umstand des "Gesamtvermögens" -geschäftes trägt.

Da mit Hilfe der subjektiven Theorie die Fälle der Verfügung über Einzelgegenstände - wenn sie das ganze Vermögen eines Ehegatten darstellen - denen gleichbehandelt werden sollen, die das gesamte Vermögen als solches betreffen, darf die Beweislast in beiden Fällen nicht differieren. Denn will sich eine Partei auf die Wirksamkeit

---

1) vgl. oben S. 56.

2) BGHZ 26/256 (260), 32/76 (92).

oder Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts berufen, so kann die Beweislage nicht davon abhängen, welchen Wortlaut der Vertrag hat, ob z.B. ein das ganze Vermögen ausmachender Gegenstand als solcher oder als das "gesamte Vermögen" übertragen wird. Wenn in dem letztgenannten Fall die Unwirksamkeit des Vertrages geltend gemacht werden soll, muß derjenige, welcher sich darauf beruft, nach der allgemeinen Beweislastregel[1] die Tatsachen beweisen, aus denen sich die Unwirksamkeit ergibt; er muß also das Vorliegen eines Gesamtvermögensgeschäftes beweisen, sowie daß die nach § 1365 BGB erforderliche Zustimmung nicht erteilt worden ist. Bei einem Rechtsgeschäft über einen einzelnen Gegenstand muß die die Unwirksamkeit geltendmachende Partei beweisen, es liege ein Geschäft über das ganze Vermögen des Ehegatten vor und die Zustimmung des anderen Ehegatten sei erforderlich, aber nicht erteilt worden; wenn sie also die Zustimmungsbedürftigkeit darzutun hat, muß sie beweisen, der Vertragspartner des Ehegatten habe Kenntnis davon gehabt, daß es sich um ein Gesamtvermögensgeschäft handelt[2].

§ 5 Der für das Zustimmungserfordernis nach § 1365 BGB maßgebende Zeitpunkt bei einer Veränderung der Vermögenslage eines Ehegatten

---

1) Rosenberg, Beweislast, S. 98 f.

2) a.A. Fischer, NJW 1960/937 (939); Mülke, AcP 161/129 (158), der zu Unrecht davon ausgeht, daß die subjektive Theorie den § 1365 BGB insgesamt einschränke; Zweck der subjektiven Theorie ist es jedoch, als Korrektiv für die Fälle der Ausdehnung des § 1365 auf die Verfügung über Einzelgegenstände zu dienen. Die Unkenntnis ist daher nicht ein Hinderungsgrund für die Anwendung des § 1365 BGB in seinem gesamten Bereich, sondern Ausschlußtatbestand bei Geschäften über Einzelgegenstände.

Zwischen der Verpflichtung eines Ehegatten, über sein gesamtes Vermögen zu verfügen und der Erfüllung dieser Verpflichtung kann oft ein erheblicher Zeitraum liegen (z.B. bei Grundstücksgeschäften). Hier ist zu prüfen, welcher Zeitpunkt für das Erfordernis der Zustimmung nach § 1365 BGB maßgebend ist. Denn in der Zwischenzeit kann sich der Vermögensstand des Ehegatten verändert haben, sei es, daß ein Vermögensverfall eingetreten ist, sei es, daß der Ehegatte erhebliches Vermögen hinzuerworben hat.

Die Frage nach dem für die Zustimmung gemäß § 1365 BGB maßgebenden Zeitpunkt taucht ebenfalls auf, wenn eine Vertragspartei nach Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts in den Güterstand der Zugewinngemeinschaft tritt (durch Heirat oder auf Grund eines entsprechenden Ehevertrages). Hier ist mit der überwiegenden Ansicht[1] anzunehmen, daß ein einmal wirksam zustande gekommenes Verpflichtungsgeschäft nicht in seiner Gültigkeit beeinträchtigt wird. Dieser Auffassung liegt die Erwägung zugrunde, daß Gesetze regelmäßig die Aufgabe haben, die rechtliche Gestaltung der Gegenwart und Zukunft zu ordnen, und daß die diesem Zweck dienende abstrakte Norm deshalb nur die Tatbestände ergreifen will, die sich während ihrer Geltung verwirklichen[2]. Würde der Vertragspartner eines Ehegatten in seinem Vertrauen auf die Wirksamkeit des Verpflichtungsge-

---

1) BGB-RGRK, § 1365 Bem.21; Boehmer, FamRZ 1959/1 (5); Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.2 d; Haegele, Rpfleger 1959/242 (248); Krüger-Breetzke-Nowack, § 2365 Bem.2; Maßfeller-Reinicke, § 1365 Bem.5; Reinicke, BB 1957/564; Tiedau, MDR 1959/79 (80); BayObLG, MDR 1959/662.
A.A. Bosch, FamRZ 1959/240; Knur, DNotZ 1957/451 (453); Palandt-Lauterbach, § 1365 Bem.1,3; Schulz-Kersting, JR 1959/81 (84).

2) vgl. BayObLG, MDR 1959/662.

schäfts enttäuscht, so würde die Rechtssicherheit in zu großem Umfang gefährdet werden. § 1365 BGB erfordert demnach nur die Zustimmung des anderen Ehegatten zu einem Erfüllungsgeschäft, wenn das obligatorische Geschäft nicht wirksam ist, weil die erforderliche Zustimmung gefehlt hat[1].

Diese Gesichtspunkte müssen auch maßgebend sein, wenn das Verpflichtungsgeschäft wirksam ist - da der Ehegatte sich nicht verpflichtet hat, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen - und nachträglich ein Vermögensverfall eintritt, so daß der Gegenstand des Verpflichtungsgeschäftes nunmehr das gesamte Vermögen des Ehegatten bildet. Auch hier vertraut der Dritte auf die Wirksamkeit des obligatorischen Geschäfts und darf in diesem Vertrauen nicht enttäuscht werden. Der Dritte müßte sich sonst bei einer Verpflichtung eines Ehegatten, die nicht sofort erfüllt werden soll, stets der Zustimmung des anderen Ehegatten vergewissern, um nicht später eine Nichterfüllung seines Anspruchs gewärtigen zu müssen.
Ist andererseits das Verpflichtungsgeschäft mangels Zustimmung des anderen Ehegatten schwebend unwirksam (§§ 1365, 1366 BGB) und erwirbt der Ehegatte vor der Erfüllung der Verpflichtung erhebliches Vermögen hinzu, so muß der Zeitpunkt maßgebend sein, in dem sich der Rechtserwerb des Dritten vollendet. Dieser Grundsatz kommt auch bei der Regelung des gutgläubigen Erwerbs (§ 932 BGB) zum Ausdruck; hier ist die Gutgläubigkeit des Erwerbers einer Sache bis zur Vollendung der Übereignung, also bis zur Einigung und Übergabe erforderlich. Auch nach dem Schutzzweck des § 1365 BGB ist eine Zustimmung des anderen Ehegatten nicht erforderlich. - Hat allerdings der Ehegatte nach Ab-

1) Maßfeller-Reinicke, § 1365 Bem. 5.

schluß des Verpflichtungsgeschäfts durch den anderen Ehegatten seine Zustimmung verweigert, so ist dieses endgültig unwirksam, § 1366 Abs.4 BGB.

Ändert sich also die Vermögenslage des Ehegatten nach Abschluß des Verpflichtungsgeschäftes, aber vor dessen Erfüllung, so bleibt ein ohne Zustimmung des anderen Ehegatten zustande gekommenes Verpflichtungsgeschäft wirksam, auch wenn der Ehegatte in Vermögensverfall gerät. - Erwirbt der Ehegatte nach dem Abschluß eines - mangels Zustimmung des anderen Ehegatten schwebend unwirksamen - Verpflichtungsgeschäftes erhebliches Vermögen hinzu, so wird dadurch die schwebende Unwirksa,keit geheilt, und eine Zustimmung zu dem Erfüllungsgeschäft ist nicht erforlich[1].

II. Kapitel
Die Bedeutung des § 1365 BGB bei der Personengesellschaft

Wie oben[2] angedeutet, kann die Zugewinngemeinschaft im Gesellschaftsrecht auf Grund der Verwaltungsbeschränkung des § 1365 BGB und wegen des Zugewinnausgleichs für jede Personengesellschaft von Bedeutung sein, an der ein verheirateter Gesellschafter beteiligt ist.

Die Verwaltungsbeschränkung des § 1365 BGB kann im Gesellschaftsrecht eingreifen, wenn ein in Zugewinngemeinschaft lebender Ehegatte sich am Abschluß eines Gesellschaftsver-

1) so auch Kemper, S.78; Mülke,Diss.S.140; Tiedau, MDR 1959/79 (80).

2) S.25.

trages beteiligt, wenn er einer Vertragsänderung zustimmt und wenn er den Vertrag kündigt.

§ 6 Der Abschluß des Gesellschaftsvertrages

Ob der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages durch einen Ehegatten der Zustimmung des anderen Ehegatten bedarf, entscheidet sich nach dem Vertragsinhalt, nämlich danach, ob sich der Ehegatte in ihm verpflichtet, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen, § 1365 BGB. Eine derartige Verpflichtung kann vorliegen, wenn sich der Ehegatte verpflichtet, sein Vermögen im ganzen - etwa sein Handelsgeschäft, das sein ganzes Vermögen darstellt - in die Gesellschaft einzubringen oder, falls sein gesamtes Vermögen in der Gesellschaftsbeteiligung besteht, bei einer Kündigung aus der Gesellschaft auszuscheiden oder sich bei seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft in gewisser Weise abfinden zu lassen.

Einbringung des gesamten Vermögens in eine Gesellschaft

Gründen zwei Ehegatten miteinander eine Gesellschaft und bringt einer von ihnen oder beide das gesamte Vermögen in diese ein, so liegt die nach § 1365 BGB möglicherweise erforderliche Zustimmung vor, da beide Ehegatten an dem Vertrag beteiligt sind. Für den Fall, in dem sich ein Ehegatte an einer fremden Gesellschaft beteiligen will und sich verpflichtet, sein gesamtes Vermögen in diese einzubringen, gehen die Meinungen auseinander[1) 2)] .

1) Für die Anwendbarkeit des § 1365 BGB: Baumbach-Duden, HGB, § 105 Bem.1 A; Beitzke,DB 1961/21 (23); Dölle, FamR S.752; Eiselt,JZ 1960/562 (563); Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.5 b aa; Kemper, S.63 f; Mülke,Diss. S.93;Palandt-Lauterbach, § 1365 Bem.2; Rittner,FamRZ 1961/1 (17); Schlegelberger-Geßler,HGB, § 105 Bem.55a; Soergel-Siebert, § 1365 Bem.15.

Die Anwendung des § 1365 BGB auf diesen Fall wird verschieden begründet. Beitzke[1] ist der Ansicht, bei der Feststellung des "gesamten Vermögens" eines Ehegatten sei die wirtschaftliche Betrachtungsweise angebracht, bedenklich sei es jedoch, den rechtstechnischen Begriff der V e r f ü g u n g im wirtschaftlichen Sinne auszulegen. Zwar bleibe einem Ehegatten der ein (sein ganzes Vermögen ausmachendes) Handelsgeschäft in eine Gesellschaft einbringe und dafür einen vollwertigen Kapitalanteil gutgeschrieben erhalte - wenn auch die übrigen Gesellschafter Ausreichendes in die Gesellschaft einbrächten und dementsprechende Kapitalanteile erhielten -, wirtschaftlich sein Vermögen; er verliere jedoch regelmäßig das Alleineigentum und die Alleinverfügungsmacht. Es liege jedenfalls im juristischen Sinne eine Verfügung vor.
Bei dieser Argumentation wird jedoch nicht berücksichtigt, daß nicht der rechtstechnische Verfügungsbegriff in einen wirtschaftlichen Begriff verwandelt wird. Durch das Wort "Verfügung" werden nur die hier in Betracht kommenden Rechtsgeschäfte über das Vermögen im ganzen von anderen abgegrenzt. Daneben werden durch die wirtschaftliche Betrachtungsweise aus dem Kreis der Gesamtvermögensverfügungen nur diejenigen dem § 1365 BGB unterstellt, durch welche dem Vermögen des verfügenden Ehegatten der wirtschaftliche Wert genommen wird[2] . Daß das Vermögen eines Ehegatten bei der Einbringung in eine Gesellschaft diesem unter Umständen

---

2) von S.66: Gegen die Anwendbarkeit des § 1365 BGB:Boesebeck, DB 1958/1147; Fischer, NJW 1960/937 (939); Reinicke,BB 1960/1002 (1003); Tiedau,MDR 1959/253 (254), 1961/721, DNotTag 1961/97 (108).

1) DB 1961/21 (23).

2) vgl. oben S.42 f.

wirtschaftlich erhalten bleibt, gibt Beitzke zu. Der von Beitzke zur Begründung der Anwendung des § 1365 BGB genannte Verlust des Alleineigentums und der Alleinverfügungsmacht des Ehegatten ist jedoch dann ohne Bedeutung, wenn es darum geht, der Familie wirtschaftlich das Vermögen zu erhalten; unter diesem Gesichtspunkt ist es unerheblich, wie die Verfügungsbefugnisse ausgestaltet sind und ob der Ehegatte Alleineigentümer oder Gesamthandseigentümer seines Vermögens ist; denn auch das in eine Gesellschaft eingebrachte Vermögen kann mit seinen Erträgnissen und mit seiner Verwertbarkeit die wirtschaftliche Grundlage der Familie bilden.

Wenn Beitzke und Eiselt[1] als Hauptargument für die Anwendbarkeit des § 1365 BGB anführen, durch die Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft (offene Handelsgesellschaft) erhalte der Mitgesellschafter gemäß § 126 HGB die Möglichkeit, über das Gesellschafts- und somit auch das von dem Ehegatten-Gesellschafter eingebrachte Vermögen zu verfügen, ohne daß der andere Ehegatte seine Zustimmung erteilt hätte, so bleibt dabei außer Betracht, daß § 1365 BGB einen Vertrag erfordert, welcher u n m i t t e l b a r auf die Übertragung des Vermögens gerichtet ist[2]. Diese Unmittelbarkeit liegt nicht vor, wenn durch die Einbringung in die Gesellschaft die anderen Gesellschafter erst in die Lage versetzt werden (§ 126 HGB), das Vermögen des Ehegatten-Gesellschafters zu veräußern. Dieses Erfordernis der Unmittelbarkeit hat Eiselt[3] auch bei seinem Hinweis übersehen, die Beteiligung des Ehegatten als Gesellschafter bringe für ihn die

1) JZ 1960/562 (563).

2) Krüger-Breetzke-Nowack, § 1365 Bem.1 a.E.

3) JZ 1960/562 (563)

Gefahr mit sich, auf Grund von Geschäften eines Mitgesellschafters gemäß § 128 HGB persönlich mit dem noch in seinem Alleineigentum verbliebenen Hausstand haften zu müssen.

Mit den von Beitzke und Eiselt angestellten Erwägungen kann also die Anwendbarkeit des § 1365 BGB auf die Einbringung eines ganzen Vermögens eines Ehegatten in eine Gesellschaft nicht begründet werden[1].

Andere[2] halten die Einbringung des Vermögens in eine Gesellschaft für zustimmungsbedürftig, da eine solche sich nicht von einem Tausch des Vermögens gegen eine Gesamthandsbeteiligung unterscheide, welcher zweifellos die Zustimmung des anderen Ehegatten erfordere. Lasse man die Einbringung in eine Gesellschaft zustimmungsfrei, so werde damit, was im Rahmen des § 1365 BGB unzulässig sei, das Entgelt berücksichtigt. Diese Auffassung beachtet nicht genügend die Verhältnisse in der Gesellschaft.

Bei dieser ist zu unterscheiden zwischen der eigentlichen Mitgliedschaft und der vermögensmäßigen Beteiligung[3]. Die durch den Gesellschaftsvertrag begründete Mitgliedschaft vermittelt dem Gesellschafter eine gesamthänderische Mitberechtigung an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens, und zwar eine ungeteilte Gesamthandsberechtigung: das Gesellschaftsvermögen steht den Gesellschaftern in ihrer (untrennbaren) Verbundenheit zur gesamten Hand zu. Jeder Gesellschafter ist an jedem Gegenstand des Gesellschaftsvermögens kraft seiner Mitgliedschaft unmittelbar derart mitberechtigt, daß die Berechtigung eine ungeteilte Vollberechtigung mit den anderen Gesellschaftern darstellt, jedoch durch deren Berechtigung beschränkt ist. Als Gesamt-

1) so im Ergebnis auch Tiedau, MDR 1961/721 (724).

2) Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.5 b aa; Mülke, Diss.93; Palandt-Lauterbach, § 1365 Bem.2; Rittner, FamRZ 1961/1(17).

3) Siebert, S.6.

händer sind die Gesellschafter also Inhaber des Gesellschaftsvermögens[1]. Daran ändert nichts, daß bei der Einbringung von Gegenständen in das Gesellschaftsvermögen durch einen Gesellschafter eine Veräußerung im rechtstechnischen Sinne erforderlich ist; eine solche ist stets nötig, wenn sich das Zuordnungssubjekt ändert, wenn also Alleineigentum in Gesamthandseigentum verwandelt werden soll[2].

Neben dieser gesamthänderischen Mitberechtigung (der dinglichen Zuordnung des Gesellschaftsvermögens) steht die wirtschaftliche Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen, d.h. die Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie am Auseinandersetzungsergebnis[3]. Der Umfang dieser Beteiligung ergibt sich aus dem Kapitalanteil[4]. Dieser ist also ein Wertanteil am Gesellschaftsvermögen[5].

Im Gesellschaftsrecht sind demnach Eigentum (Gesamthandsberechtigung) und wirtschaftliche Inhaberschaft (kapitalmäßige Beteiligung, Kapitalanteil) scharf von einander getrennt; sie können auseinanderfallen. Das ist z.B. der Fall, wenn ein Gesellschafter, der nur seine Arbeitskraft einbringt und Gewinne auf Grund des Gesellschafts-

---

1) Hueck,OHG, § 3 IV; Schlegelberger-Geßler,HGB, § 105 Bem. 37.

2) Würdinger,Gesellschaften I, S.63;RGZ 84/108 (112).

3) Würdinger, Gesellschaften I, S.115.

4) Hueck, OHG, § 16 V 1; Soergel-Siebert, vor § 705 Bem.21.

5) J.v.Gierke, S.202; van Randenborgh,DNotZ 1959/373 (380 f).Die Streitfrage,ob der Kapitalanteil ein Recht oder lediglich eine Rechnungsziffer darstellt, ist im Rahmen der vorliegenden Erörterung ohne Bedeutung.

vertrages ausbezahlt erhält, zwar gesamthänderisch am Gesellschaftsvermögen mitberechtigt, nicht aber kapitalmässig (wirtschaftlich) an diesem beteiligt ist. Hat aber der Gesellschafter, der sein Vermögen in die Gesellschaft einbringt, wertmäßig einen dem Vermögen entsprechenden Kapitalanteil, so ist er sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich noch Inhaber seines Vermögens, in rechtlicher Hinsicht jedoch durch die Mitberechtigung der übrigen Gesellschafter eingeschränkt.
Aus dieser Gestaltung der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen läßt sich für die Anwendbarkeit des § 1365 BGB folgender Schluß ziehen:
In rechtlicher Hinsicht bleibt der Gesellschafter Mitberechtigter (Gesamthandseigentümer). In wirtschaftlicher Beziehung bleibt er Inhaber seiner Vermögenswerte, die er in die Gesellschaft eingebracht hat. Der Umstand, daß er in seiner Eigentümerstellung durch die anderen Gesamthänder in seinem Recht eingeschränkt ist, ist für § 1365 BGB ohne Bedeutung, da es bei dieser Vorschrift darauf ankommt, der Familie wirtschaftliche Werte zu erhalten. Diese bleiben der Familie auch erhalten, wenn der Ehegatte-Gesellschafter einen seinem eingebrachten Vermögen entsprechenden Kapitalanteil erhält. Denn dann ist wirtschaftliche Grundlage der Familie immer noch das ursprüngliche Vermögen des Ehegatten.

Von diesem Gedanken, daß ein Gesellschafter Inhaber seines in eine Personengesellschaft eingebrachten Vermögens bleibt, geht auch der Bundesgerichtshof[1)] aus. Als Begründung führt er an, da die Personengesellschaft keine eigene Rechtspersönlichkeit besitze und nicht Träger eines eigenen Vermögens sein könne, komme sie als Übernehmer eines

1) BB 1954/700.

Vermögens nicht in Betracht. Diese Entscheidung ist zwar zu § 419 BGB ergangen, jedoch treffen die Ausführungen auch für § 1365 BGB zu, da es hier wie dort um die rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse am Gesellschaftsvermögen einer Personengesellschaft geht. Der Bundesgerichtshof spricht jedoch nur von der gesamthänderischen Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens, wobei nicht zum Ausdruck kommt, ob der Gesellschafter - mag er auch Mitgesamthänder sein - wirtschaftlich (kapitalmäßig) am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist; gerade diese Beteiligung aber ist für die Gläubiger (bei § 419 BGB) und für die Familie (bei § 1365 BGB) von Bedeutung[1]. Daher kann die Frage, ob § 1365 BGB eingreift, wenn in eine Gesellschaft nur der Ehegatte-Gesellschafter Vermögen einbringt - die anderen Gesellschafter nur ihre Arbeitskraft, was namentlich bei der Aufnahme von Familienmitgliedern vorkommt -, nicht beantwortet werden, ehe nicht feststeht, wie groß die Kapitalanteile der einzelnen Gesellschafter sind. Hat der Ehegatte-Gesellschafter einen Kapitalanteil, welcher so gering ist, daß nahezu[2] der gesamte Wert des eingebrachten Vermögens den anderen Gesellschaftern zusteht, so ist die Einbringung des gesamten Vermögens des Ehegatten-Gesellschafters gemäß § 1365 BGB zustimmungsbedürftig[3] .Entspricht aber der Kapitalanteil dem Wert des

---

1) Die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Beteiligung eines Gesellschafters einer Personengesellschaft wird vom BGH in WM 1965/114 (115) angedeutet, aber als für die dortige Entscheidung unerheblich nicht weiter erörtert.

2) vgl. zu der Frage, was unter "nahezu" dem ganzen Vermögen zu verstehen ist, die Ausführungen S.37.

3) Boesebeck, DB 1958/1147; Reinicke, BB 1960/1002 (1004), Tiedau, MDR 1961/721 (724).

eingebrachten Vermögens, ist eine Zustimmung gemäß § 1365 BGB nach dem Zweck des Gesetzes nicht erforderlich.

Bei der Feststellung, ob der Kapitalanteil eines Gesellschafters dem Wert des von ihm eingebrachten Vermögens entspricht, bestehen verschiedene Schwierigkeiten. Die Kapitalanteile können in den einzelnen Gesellschaftsverträgen unterschiedlich festgelegt werden, und zwar als sogenannte feste oder veränderliche Kapitalanteile oder auch als bloße Quote[1]: Bei den festen Kapitalanteilen wird für die Gesellschafter ein bestimmter Betrag, der in etwa genau oder annähernd den Einlagen der Gesellschafter entspricht, festgesetzt, z.B. für den Gesellschafter X 40.000 DM, Y 30.000 DM und Z 20.000 DM. Die veränderlichen Kapitalanteile, von denen das Gesetz in § 120 Abs.2 HGB ausgeht, setzen sich aus dem für die Einlage angenommenem Betrag sowie den Gewinn- und Verlustanteilen und den Entnahmen zusammen. Durch diese verschiedenen Komponenten ist der Kapitalanteil einer ständigen Änderung unterworfen. Der Kapitalanteil, welcher als Quote - entweder a %, b %, c % oder 1/2, 1/4, 1/4 - bestimmt ist, gibt keine Auskunft über den Wert der Beteiligung, sondern legt lediglich das Beteiligungsverhältnis der Gesellschafter dar. Von diesen drei Gestaltungsmöglichkeiten für einen Gesellschaftsvertrag eignet sich am ehesten für einen Vergleich des Wertes des Kapitalanteils mit dem des eingebrachten Vermögens die Form der festen Kapitalanteile, da diese in etwa mit ihren Beträgen die Werte der Einlagen angeben. Aber auch bei diesen festen Kapitalanteilen ist es nicht möglich, exakt den Wert der Beteiligung eines Gesellschafters aus ihnen zu ersehen, denn es steht im Belieben der Gesellschafter, wie

---

1) Baumbach-Duden, § 120 Bem.3 B; Buchwald-Tiefenbacher, S. 20 f.

sie die von ihnen eingebrachten Vermögensgegenstände bewerten, um danach die Kapitalanteile zu bestimmen[1]. So können Sacheinlagen über oder unter ihrem Verkehrswert[2], Bareinlagen höher oder niedriger als ihr Nennwert angesetzt werden, dies gilt bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit. Aus den Angaben im Gesellschaftsvertrag kann man also nicht ohne weiteres feststellen, welchen Wert die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen hat, die dem eingebrachten Vermögen gegenübersteht, ob also § 1365 BGB eingreift oder nicht. Die Anwendung des § 1365 BGB bei der Einbringung eines Vermögens in eine Personengesellschaft erfordert also einmal, den Wert des einzubringenden Vermögens, zum anderen, die Höhe der wirtschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen festzustellen. Besonders das letztere ist schwierig, da der Gesellschaftsvertrag erst dann sichere Auskunft gibt, nachdem er in allen Punkten untersucht ist; allein aus der angegebenen Höhe des Kapitalanteils läßt sich - wie oben dargelegt - der Wert der Beteiligung nicht feststellen.

Bei dieser Sachlage fragt es sich, ob nicht die Rechtssicherheit verlangt, den § 1365 BGB bei jeder Einbringung des ganzen Vermögens eines im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten in eine Gesellschaft anzuwenden, obwohl - möglicherweise - der Zweck des Gesetzes dies im einzelnen Fall nicht erfordert. Denn wenn das Gesetz die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts von der Zustimmung eines Dritten - hier des Ehegatten - abhängig macht, so ist eine solche Wirksamkeitsvoraussetzung ungeeignet, wenn erst nach langwierigen Untersuchungen und oft erst nach einem langjähri-

---

1) BGHZ 17/130 (134); Hueck, OHG, § 16 V 2.

2) Die besonderen Schwierigkeiten, die bei der Bestimmung des Verkehrswertes eines Unternehmens und der Beteiligung an solchen bestehen, zeigt Rittner, FamRZ 1961/505 (514) auf.

gen Rechtsstreit die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts feststeht. Unter diesen Schwierigkeiten leidet die Praktikabilität der Vorschrift; auf die leichte Erkennbarkeit und Durchführbarkeit des Rechts ist aber besonders Bedacht zu nehmen[1]. Diese Praktikabilität würde zwar erreicht, wenn die Einbringung des gesamten Vermögens eines Ehegatten in eine Gesellschaft generell der Zustimmung des anderen Ehegatten unterworfen würde. Aber durch diese Regelung würde der Anwendungsbereich der Bestimmung des § 1365 BGB, welcher für Grenzfälle gedacht ist[2], in zu großem Maße erweitert. Denn in den Fällen, in denen ein Ehegatte sein gesamtes Vermögen in eine aus familienfremden Mitgliedern sich zusammensetzende Gesellschaft einbringt, wird er sehr darauf achten, daß seine wirtschaftliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen dem Wert des eingebrachten Vermögens entspricht. Der Beitritt zu einer Gesellschaft hat in der Regel den Sinn, eine Vermögensmehrung, und nicht, einen Vermögensverlust herbeizuführen. Anders kann die Lage sein, wenn dem Ehegatten, der sein gesamtes Vermögen in eine Gesellschaft einbringt und sein Anteil am Gesellschaftsvermögen diesem nicht entspricht; dieses mit Rücksicht darauf, daß Familienmitglieder ohne Sacheinlage - aber mit oft nicht unerheblichem Kapitalanteil - Gesellschafter werden, z.B. wenn der alternde Unternehmer mit seinem Sohn eine Gesellschaft gründet oder wenn ein Unternehmen einen kranken Sohn oder eine unversorgte, kaufmännisch nicht ausgebildete Tochter zum Gesellschafter macht. Aber auch in diesen Fällen will der Unternehmer in der Regel seine beherrschende Stellung nicht verlieren[3] und folglich nicht nur eine so geringe

1) Enneccerus-Nipperdey, § 56 III.
2) Reinicke, BB 1950/1002 (1003).
3) vgl. Buchwald-Tiefenbacher, S.199.

Beteiligung am Gesellschaftsvermögen behalten, daß er nahezu sein gesamtes bisheriges Vermögen auf die anderen Gesellschafter überträgt. Bei der Einbringung des gesamten Vermögens eines Ehegatten in eine Gesellschaft sind die Voraussetzungen des § 1365 BGB nur in den seltenen Ausnahmefällen gegeben, in denen ein Ehegatte als Gesellschafter nahezu keine wirtschaftliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen innehat. Um in diesen Fällen die Rechtssicherheit zu gewährleisten, ist es nicht erforderlich, generell zu jeder Einbringung des gesamten Vermögens eines Ehegatten in eine Gesellschaft die Zustimmung des anderen Ehegatten zu fordern. Denn mag es auch schwierig sein, den Wert des eingebrachten Vermögens mit dem den Beteiligung an der Gesellschaft zu vergleichen, so dürfte es unschwer festzustellen sein, ob eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen so gering ist, daß praktisch eine Aufgabe des gesamten Vermögens durch den Gesellschafter vorliegt. Es geht nicht an, die für Ausnahmefälle geschaffene Bestimmung des § 1365 BGB lediglich aus Praktikabilitätsgründen auf alle Fälle der Einbringung des gesamten Vermögens in eine Gesellschaft anzuwenden.
Ein Gesellschaftsvertrag bedarf daher nur dann der Zustimmung des anderen Ehegatten gemäß § 1365 BGB, wenn ein Ehegatte sein gesamtes Vermögen in eine Gesellschaft einbringt und seine wirtschaftliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen so gering ist, daß er nahezu sein gesamtes eingebrachtes Vermögen aufgegeben hat.

Der Abschluß eines Gesellschafsvertrages kann aber aus einem anderen Grunde den Tatbestand des § 1365 BGB erfüllen. Vielfach - wenn nicht sogar in der Regel[1] - wird in Ge-

1) Buchwald-Tiefenbacher, S.195 Bem.22; Fischer, NJW 1960/937 (940).

sellschaftsverträgen vereinbart, im Falle der Kündigung habe der kündigende Gesellschafter auszuscheiden und die Gesellschaft werde unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt. Wenn diese Vertragsklausel unter § 1365 BGB subsumiert wird[1], so ist zu beachten, daß hier nicht die Kündigung als Verfügung i.S. der Bestimmung in Betracht kommt. Zwar ist eine Kündigung eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne[2], doch enthält die Vertragsbestimmung nicht die Verpflichtung für den Gesellschafter zu kündigen; nur wenn der Gesellschaftsvertrag so lauten würde, könnte die Frage geprüft werden, ob sich der Gesellschafter hiermit verpflichtet habe, (durch die Kündigung) über sein gesamtes Vermögen zu verfügen. Das Problem, ob die Kündigung als solche gemäß § 1365 BGB zustimmungsbedürftig ist, ist unten noch zu erörtern. Das Entscheidende bei der hier zu behandelnden Vertragsklausel ist, daß die Folgen einer Kündigung in bestimmter Weise festgelegt werden. Denn nach der gesetzlichen Regelung (§ 723 BGB, § 131 Nr.6 HGB) wird die Gesellschaft aufgelöst; auf Grund der Vereinbarung des Ausscheidens des kündigenden Gesellschafters treten bei der Kündigung nicht diese gesetzlichen Folgen ein, sondern bleibt die Gesellschaft mit ihrem bisherigen Zweck und zwischen den übrigen Gesellschaftern bestehen. Die Fortsetzungsklausel kann den Gesellschaftsvertrag aber nach § 1365 BGB zustimmungsbedürftig machen, weil der Gesellschafter-Ehegatte, welcher sich verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen aus der Gesellschaft auszuscheiden, auf diesem Wege seine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen verliert. Hier muß jedoch beachtet werden, daß ein Gesell-

---

1) Beitzke, DB 1961/21 (25); Fischer, NJW 1960/937 (940); Schlegelberger-Geßler, § 105 Bem.55 a.

2) Staudinger-Coing, Einl. vor § 104, Bem. 63.

schafter-Ehegatte, auch dann nicht die von ihm in die Gesellschaft eingebrachten Vermögensgegenstände zurückbekommt, wenn die Gesellschaft aufgelöst und ihr Vermögen liquidiert wird; er hat lediglich einen Anspruch auf den auf ihn entfallenden Teil des Liquidationserlöses (§ 155 HGB). Bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages steht also schon fest, daß ein Gesellschafter die von ihm eingebrachten Gegenstände nicht zurückerhalten wird. Trotz dieser Rechtsfolge ist der Gesellschaftsvertrag aus d i e s e m Grunde nicht zustimmungsbedürftig, da diese gesetzliche Folge der Auflösung der Gesellschaft nicht unmittelbar durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages ausgelöst wird[1].

Wenn nun beim Abschluß des Gesellschaftsvertrages vereinbart wird, bei Kündigung habe ein Gesellschafter auszuscheiden und die Gesellschaft werde unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt, so hat diese Vereinbarung für die Person des ausscheidenden Gesellschafters keine anderen Folgen als bei der Liquidation nach erfolgter Auflösung der Gesellschaft[2]. Auch in diesem Fall erhält der Gesellschafter nicht die von ihm in das Gesellschaftsvermögen eingebrachten Gegenstände zurück, sondern ist auf einen Abfindungsanspruch beschränkt. Von besonderer Bedeutung ist diese Vertragsklausel nur für die übrigen Gesellschafter, da durch die Kündigung in diesem Fall die Gesellschaft nicht aufgelöst wird, sondern fortbesteht.

---

1) Fischer, NJW 1960/937 (939); Mülke, Diss. S. 93 f; Reinicke, BB 1960/1002 (1004).

2) Für die Gleichbehandlung dieser beiden Fälle spricht sich auch Eiselt, JZ 1960/562 (564), aus; jedoch zieht er daraus andere Folgerungen. Über das Wirksamwerden bestimmter Abfindungsregelungen für diesen Fall vgl. die weiter unten folgenden Erörterungen!

Von dieser Bewertung der Interessen des ausscheidenden Gesellschafters geht auch das Gesetz in § 140 Abs.1 HGB aus. Danach können die übrigen Gesellschafter, wenn in der Person eines Gesellschafters ein in § 133 HGB genannter Auflösungsgrund vorliegt, statt der Auflösung der Gesellschaft die Ausschließung des betreffenden Gesellschafters verlangen. Diese gesetzliche Regelung soll den ausscheidenden Gesellschafter nicht bestrafen[1], sondern den anderen Gesellschaftern die Möglichkeit geben, eine Auflösung der Gesellschaft und damit eine Zerstörung des Unternehmens und Vernichtung erheblicher im Unternehmen steckender Werte zu verhindern. Für den ausscheidenden Gesellschafter und seine wirtschaftliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ist die Rechtslage folglich die gleiche, gleichgültig, ob er auf Grund einer Liquidation der Gesellschaft oder auf Grund der Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag einen Anspruch auf den Liquidationserlös oder einen Abfindungsanspruch erhält. Diese Situation verkennt Mülke[2], wenn er ausführt, der Gesellschaftsvertrag sei wegen der Klausel, die das Ausscheiden des Ehegatten-Gesellschafters bei Kündigung anordnet, zustimmungsbedürftig, da das Ausscheiden seinen Rechtsgrund in dieser gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung habe.

Die Vertragsklausel, daß ein Gesellschafter beim Eintritt gewisser Umstände (z.B. Kündigung) aus der Gesellschaft auszuscheiden habe, ist also nicht gemäß § 1365 BGB zustimmungsbedürftig.

Schließlich ist noch zu untersuchen, ob gesellschaftsvertragliche Abfindungsregelungen für den Fall des Ausschei-

---

1) BGH LM Nr.5 § 142 HGB.

2) Diss. S. 94.

dens eines Ehegatten-Gesellschafters die Zustimmung nach § 1365 BGB erfordern. Durch die Abfindung soll dem Ausscheidenden grundsätzlich sein voller Anteil am Gesellschaftsvermögen gewährt werden (§ 738 BGB, § 105 HGB i.V. m. § 738 BGB). Diese Regelung ist jedoch nicht zwingend[1], so daß - was häufig geschieht - vereinbart werden kann, die Buchwerte der letzten Jahresbilanz oder die Bilanz am Schluß des Jahres, in das das Ausscheiden fällt, sollen für die Berechnung der Abfindung maßgebend sein. Eine solche Regelung hat zur Folge, daß der Ausscheidende an dem Geschäftswert sowie an den offenen und stillen Reserven nicht beteiligt wird. Sofern der Ehegatte-Gesellschafter eine Abfindungsvereinbarung trifft, auf Grund derer bei seinem Ausscheiden die Abfindung nicht seiner Gesellschaftsbeteiligung entspricht, sondern die Aufgabe der Beteiligung darstellt, ist die Abfindungsklausel gemäß § 1365 BGB zustimmungsbedürftig.

Diese Frage ist jedoch beim Abschluß eines Gesellschaftsvertrages nur von Bedeutung, wenn man die Auffassung[2] vertritt, daß der Gesellschaftsvertrag nicht schon aus anderen Gründen der Zustimmung nach § 1365 BGB bedarf. Fordert man bei jedem Abschluß eines Gesellschaftsvertrages (ohne Rücksicht auf den Inhalt einer Abfindungsklausel) die Zustimmung des Ehegatten des sein Vermögen einbringenden Gesellschafters[3], so umfaßt die Zustimmung auch die im Vertrag

---

1) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 81.

2) Boesebeck, DB 1958/1147; Fischer, NJW 1960/937 (939); Reinicke, BB 1960/1002 (1004); Tiedau, MDR 1961/721 (724).

3) Beitzke, DB 1961/21 (24); Eiselt, JZ 1960/562 (563); Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem. 5 B aa); Kemper, S.63; Mülke, Diss. S.93; Palandt-Lauterbach, § 1365 Bem.2; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 105 Bem. 55 a; Soergel-Siebert, § 1365 Bem.15.

vorgesehene Abfindungsregelung. Nach dieser Auffassung kann eine Abfindungsvereinbarung gemäß § 1365 BGB nur bei einer späteren Änderung des Gesellschaftsvertrages zustimmungsbedürftig sein.

§ 7 Die Änderung des Gesellschaftsvertrages

Die Vertragsänderungen, die sich nicht u n m i t t e l b a r auf die vermögensmäßige Beteiligung des Ehegatten-Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen beziehen, fallen nicht unter § 1365 BGB[1]. Hierzu gehören alle Vereinbarungen über die Vertretungs- und Geschäftsführungsbefugnis sowie über das Erfordernis und das Zustandekommen von Gesellschafterbeschlüssen. Die Änderung dieser personenrechtlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern kann zwar die wirtschaftliche Beteiligung der einzelnen Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen erheblich beeinflussen; diese Nachteile sind aber nur die tatsächlichen oder mittelbaren Auswirkungen der Vertragsänderung[2].

Auch die Änderung der Gewinn- und Verlustbeteiligung des Ehegatten-Gesellschafters erfüllt nicht den Tatbestand des § 1365 BGB. Eine solche Vereinbarung betrifft allerdings die wirtschaftliche Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen unmittelbar; § 1365 BGB will jedoch nicht sicherstellen, daß das Vermögen eines Ehegatten mehr oder weniger ertragreich angelegt, sondern nur, daß der Ehe und Familie die wirtschaftliche Grundlage nicht en-tzogen wird. Dies ist aber bei einer nachteiligen Änderung der Gewinn- und Verlustbeteiligung nicht der Fall[3]. Denn die wirtschaft-

1) Krüger-Breetzke-Nowack, § 1365 Bem.1.

2) h.M., vgl.statt aller Fischer, NJW 1960/937 (942).

3) h.M., vgl. Tiedau, MDR 1959/253 (254).

liche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen bleibt dem Ehegatten-Gesellschafter erhalten, auch wenn dieser nicht mehr einen so hohen Gewinn wie vorher aus ihr zieht.

Da - wie oben ausgeführt[1] - dem sein Vermögen in die Gesellschaft einbringenden Gesellschafter dieses in Form der dinglichen Gesamthandsberechtigung und des (wirtschaftlichen) Kapitalanteils erhalten bleibt, falls die Höhe dieses Kapitalanteils dem Wert des eingebrachten Vermögens entspricht, kann § 1365 BGB eingreifen, wenn durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrages der Kapitalanteil des Gesellschafters herabgesetzt wird. Die Herabsetzung des Kapitalanteils stellt aber erst dann eine Verfügung (nämlich eine Übertragung eines Teilgesellschaftsanteils[2]) über das ganze Vermögen dar, wenn der Ehegatte-Gesellschafter seine (wirtschaftliche) Gesellschaftsbeteiligung ganz oder nahezu aufgibt[3]. Denn wird die Gesellschaftsbeteiligung nur geringfügig herabgesetzt, so liegt bei wirtschaftlicher Betrachtung keine Verfügung über das gesamte Vermögen des Ehegatten-Gesellschafters vor, da ihm der wesentliche Teil seines Vermögens - welches in der Gesellschaftsbeteiligung besteht - erhalten bleibt und die Verfügung über einen Bruchteil des Vermögens nicht unter § 1365 BGB fällt, solange dieser Bruchteil nicht praktisch das gesamte Vermögen ausmacht[4]. Das übersehen Beitzke[5] und Eiselt[6], wenn

1) S.70.

2) Baumbach-Duden, § 124 Bem.2 B c.

3) zu der Frage, wann eine Verfügung über das "ganze" Vermögen vorliegt, vgl. oben S.37 f.

4) Fischer, NJW 1960/937 (939); Reinicke, BB 1960/1002 (1003)

5) DB 1961/21 (24).

6) JZ 1960/562 (564).

sie j e d e nachteilige Änderung des Kapitalanteiles als zustimmungsbedürftiges Rechtsgeschäft ansehen.

Nach den eben erörterten Gesichtspunkten ist auch die Frage zu entscheiden, ob der Ehegatte eines Gesellschafters der Aufnahme eines neuen Gesellschafters zustimmen muß. Wenn im Rahmen dieser Aufnahme der Ehegatte-Gesellschafter einen Teil seiner Gesellschaftsbeteiligung verliert, etwa weil der neu aufgenommene Gesellschafter keine Einlage erbringt, aber einen erheblichen Kapitalanteil (entnommen den Kapitalanteilen der Altgesellschafter) erhält, so kann eine solche Vertragsänderung gemäß § 1365 BGB zustimmungsbedürftig sein[1]. Wenn Bartholomeyczik[2] die Aufnahme eines neuen Gesellschafters mit der Begründung für zustimmungsfrei hält, die vermögensrechtliche "Abwachsung" trete kraft Gesetzes ein, so daß eine Verfügung über das Gesellschaftsvermögen nicht gegeben sei, so stellt er es zu einseitig auf die Änderung der dinglichen Rechtslage der gesamthänderischen Mitberechtigung der einzelnen Gesellschafter an den Gegenständen des Gesellschaftsvermögens ab. Inwieweit ein Gesellschafter jedoch am Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich (und darauf kommt es hier an) beteiligt bleibt, ergibt sich im wesentlichen aus dem ihm verbleibenden Kapitalanteil.

Ob bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrages ein Fall von § 1365 BGB gegeben ist, muß also durch einen Vergleich des Kapitalanteiles des Ehegatten-Gesellschafters vor und nach der Vertragsänderung festgestellt werden.

---

1) a.A. Schlegelberger-Geßler, HGB, § 105 Bem. 55 b (ohne Begründung)

2) Erman-Bartholomeyczik, § 1365 Bem.5 b bb).

Eine Änderung eines Gesellschaftsvertrages im Hinblick auf die im Kapitalanteil zum Ausdruck kommende Gesellschaftsbeteiligung ist also nur zustimmungsbedürftig, wenn der Ehegatten-Gesellschafter seine ganze oder nahezu ganze wirtschaftliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen aufgibt.

Die Änderung eines Gesellschaftsvertrages kann sich ferner auf die Abfindungsregelung für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters beziehen. Da beim Ausscheiden eines Gesellschafters sich sein Vermögen, welches bisher in der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen bestand, in einem Auseinandersetzungsguthaben fortsetzt, kann darin, daß der Gesellschafter sich verpflichtet, gegen ein geringeres als ihm nach der gesetzlichen Regelung (§ 738 BGB; § 105 Abs.2 HGB, § 738 BGB; § 161 Abs.2 HGB) zustehenden Guthabens auszuscheiden, eine Verpflichtung zu einer Gesamtvermögensverfügung liegen[1]. Streitig ist die Frage, wo die Grenze zwischen der zustimmungsfreien und zustimmunsbedürftigen Änderung der Abfindungsregelung zu ziehen ist. Boesebeck[2], Eiselt[3] und - ihnen folgend - Mülke[4] sehen in jeder nachteiligen Änderung der Abfindungsregelung für den Ehegatten-Gesellschafter eine zustimmungsbedürftige Gesamtvermögensverfügung, da die Zustimmung des Ehegatten zur Beteiligung an der Gesellschaft für die im Gesellschaftsvertrag vorgesehene Regelung der Substanzbeteiligung erfolgt sei und diese Zustimmung durch eine spätere Änderung dieser Substanzbeteiligung illusorisch gemacht werden könnte. Nach

---

1) Beitzke,DB 1961/21 (25); Boesebeck,DB 1958/1147 (1148); Eiselt,JZ 1960/562 (564); Fischer,NJW 1960/937 (940); Mülke,Diss. S.95; Reinicke,BB 1960/1002 (1005); Schlegelberger-Geßler, HGB, § 105 Bem.55 b; Tiedau,DNotTag 1961/97 (111);a.A.Rittner, Diskussionsbeitrag S. 38.

2) DB 1958/1147 (1148).

3) JZ 1960/562 (564).

4) Diss. S.96.

Fischer[1] kann eine Änderung der gesellschaftsvertraglichen Abfindungsregelung nur dann ohne Zustimmung des Ehegatten wirksam beschlossen werden, wenn diese Änderung den Abfindungsanspruch des Ehegatten-Gesellschafters nicht "einschneidend" beeinträchtigt; Reinicke[2] unterwirft eine Änderung der Abfindungsregelung dann dem § 1365 BGB, wenn die vorgesehene Abfindung sich nicht mehr im Rahmen des Üblichen und wirtschaftlich Vertretbaren hält. Beitzke[3] und Tiedau[4] halten eine Vereinbarung eines Abfindungsanspruches nur dann für zustimmungsbedürftig, wenn der Gesellschafter dadurch ganz oder nahezu ganz auf sein Auseinandersetzungsguthaben verzichtet. Nur diese Ansicht entspricht dem Zweck des § 1365 BGB. Eine Verpflichtung zu einer Verfügung über das gesamte Vermögen liegt nur dann vor, wenn der Ehegatte-Gesellschafter mit der Vereinbarung einer Abfindungsklausel auf sein ganzes oder nahezu ganzes Vermögen verzichtet, das sich in der wirtschaftlichen Beteiligung an der Gesellschaft darstellt. Das ist aber nicht schon dann der Fall, wenn die bisherige Abfindungsregelung nur (sei es auch "einschneidend") beeinträchtigt wird[5], da der Ehegatte-Gesellschafter sein Vermögen noch zum Teil behält[6].

---

1) NJW 1960/937 (940).

2) BB 1960/1002 (1005).

3) DB 1961/21 (25).

4) MDR 1959/253 (254).

5) davon geht das OLG Köln aus, NJW 1963/2109.

6) so auch Kemper, S.66; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 105 Bem. 55 b, a.

Bei der Änderung der Abfindungsregelung in einem Gesellschaftsvertrag taucht weiter die Frage auf, welcher Zeitpunkt für die Zustimmungsbedürftigkeit maßgebend sein soll: derjenige der Vereinbarung oder der des Inkrafttretens der Abfindungsklausel. Aus den oben[1] dargelegten Erwägungen ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung, hier also der Änderung des Gesellschaftsvertrages abzustellen. Stellt zu dieser Zeit die Gesellschaftsbeteiligung das gesamte Vermögen des Ehegatten-Gesellschafters dar, so ist die Zustimmung des Ehegatten erforderlich. Ist diese Zustimmung jedoch nicht erteilt und erwirbt der Ehegatte-Gesellschafter bis zu seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft - also bis zum Inkrafttreten der Abfindungsregelung - in erheblichem Maße weiteres Vermögen, so ist bei dem dann erfolgenden Ausscheiden aus der Gesellschaft eine Zustimmung des anderen Ehegatten nicht erforderlich. Ist die Zustimmung des Ehegatten also bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht verweigert - andernfalls ist die Abfindungsvereinbarung endgültig unwirksam geworden -, so ist die bis dahin schwebende Unwirksamkeit durch die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse geheilt worden.

§ 8 Die Kündigung des Gesellschaftsvertrages

Da die Kündigung eines Vertrages eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne ist[2] und die Auflösung der Gesellschaft oder das Ausscheiden des Gesellschafters zur Folge hat, wird sie vielfach gemäß § 1365 BGB für zustimmungsbedürf-

---

1) § 5, S. 62 ff.

2) Staudinger-Coing, Einl. vor § 104 Bem. 63.

tig gehalten[1]. Zum Teil[2] werden die Kündigungen unterschiedlich behandelt, je nachdem ob sie zur gesetzlich vorgesehenen Liquidation der Gesellschaft oder zu einem Ausscheiden des Gesellschafters und völligem oder nahezu völligem Verlust des Abfindungsguthabens führen. Schließlich wird auch die Ansicht vertreten, eine Kündigung eines Gesellschaftsvertrages sei in keinem Fall zustimmungsbedürftig[3].

Zunächst ist festzustellen, daß - entgegen Mülke[4] und Rittner[5] - die Kündigung des Gesellschaftsvertrages als einseitiges Verfügungsgeschäft (§ 1367 BGB) unter § 1365 BGB fallen kann, auch wenn sie nicht in Erfüllung einer entsprechenden Verpflichtung erklärt wird[6].
Die Kündigung kann auch nicht mit der Begründung als nach § 1365 BGB zustimmungsfrei gehalten werden, sie regele vor allem die personenrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander[7]. Denn wenn die Kündigung eine Verfügung über das gesamte Vermögen im Sinne des § 1365 BGB enthält, so kann der Tatbestand dieser Vorschrift nicht dadurch entfallen, daß die Kündigung zugleich auch eine Änderung der

---

1) Beitzke,DB 1961/21 (24);Eiselt,JZ 1960/562 (564); Fischer,NJW 1960/937 (943);Kemper,S.65;Mülke,Diss.S.97; Palandt-Lauterbach,§ 1365 Bem.2;Wörbelauer,NJW 1960/783 (796).
2) Fischer, NJW 1960/937 (942 f).
3) Boesebeck,DB 1958/1147 (1148);Reinicke,BB 1960/1002 (1005); Rittner,FamRZ 1961/1 (5),Diskussionsbeitrag S.139;Tiedau, DNotTag 1961/97 (114).
4) AcP 161/129 (133).
5) FamRZ 1961/1 (5).
6) vgl. oben S.52 ff.
7) So allerdings Boesebeck,DB 1958/1147 (1148),falls der Ausscheidende persönlich haftender Gesellschafter ist im Gegensatz zu einem Kommanditisten,bei welchem die Kapitalanlage im Vordergrund stehe;Palandt-Lauterbach in der 19.Aufl., § 1365 Bem.2; Tiedau, MDR 1959/253 (254).

personenrechtlichen Beziehungen unter den Gesellschaftern herbeiführt.
Es ist also zu untersuchen, ob eine Kündigung des Gesellschaftsvertrages unter § 1365 BGB fällt. Ausgegangen sei von dem Fall, daß der Gesellschaftsvertrag keine Vereinbarung über die Art der Auseinandersetzung nach Auflösung der Gesellschaft enthält, daß also die Gesellschaft nach den gesetzlichen Regeln liquidiert wird. Die Kündigung erhält ihren Verfügungscharakter dadurch, daß sie eine "unmittelbare Einwirkung auf die Rechtslage des Verfügungsgegenstandes"[1] darstellt. Die Kündigung des Ehegatten-Gesellschafters hat nur die unmittelbare Folge, daß die Gesellschaft aufgelöst wird, § 131 Nr.6 HGB. Die Auflösung stellt keine Änderung der Rechtsnatur der Gesellschaft dar; die Gesellschaft besteht als Gesamthandsgemeinschaft weiter, auch die bisher für das Verhältnis der Gesellschafter maßgebenden Vorschriften gelten weiter. Es ändert sich durch die Auflösung jedoch der Zweck der Gesellschaft; die Gesellschaft wandelt sich von einer werbenden in eine Abwicklungsgesellschaft[2]. Die Kündigung leitet also für die Gesellschaft ein bestimmtes Stadium, das der Auseinandersetzung, ein. Im Rahmen dieser Auseinandersetzung erhält der Gesellschafter den ihm nach der gesetzlichen Regelung (§ 155 HGB) zustehenden Teil an dem Liquidationserlös. Die Kündigung stellt also nur den Beginn des Auseinandersetzungszeitraums dar und ist eine Verfügung im rechtstechnischen Sinne, da durch sie die Gesellschaft von einer"werbenden" zu einer "sterbenden" geändert wird. Durch diesen Akt verliert der Ehegatte-Gesellschafter jedoch nicht unmittelbar seine Beteiligung (weder rechtlich noch wirt-

1) Erman-Westermann, Einl. § 104 Bem. 6.

2) Hueck,Gesellschaftsrecht, § 11 I; Weipert in RGR-Komm. z. HGB, § 131 Bem. 2 - 4.

schaftlich) an der Gesellschaft. Die (bei der Betrachtung unter dem Gesichtspunkt des § 1365 BGB maßgebende) wirtschaftliche Beteiligung des Ehegatten-Gesellschafters wandelt sich bei der Vollbeendigung der Gesellschaft, d.h. beim Abschluß der Liquidation und wird dann repräsentiert durch das Auseinandersetzungsguthaben. Bis zu diesem Zeitpunkt ist es möglich, die Gesellschaft durch Vereinbarung aller Gesellschafter fortzusetzen; die so fortgesetzte Gesellschaft ist mit der Gesellschaft, die sich in Abwicklung befand, identisch; falls nichts anderes vereinbart wird, erhalten die Gesellschafter wieder ihre alten Rechte und Pflichten, der alte Gesellschaftsvertrag gilt weiter[1]. Durch die Kündigung des Gesellschaftsvertrages verlieren also die Gesellschafter noch nicht ihre Beteiligung an dem Gesellschaftsvermögen.

Diese Beteiligung am Gesellschaftsvermögen endet erst bei dessen Wegfall, also bei seiner Versilberung. Sie setzt sich dann in dem Auseinandersetzungsguthaben der einzelnen Gesellschafter fort. Diese Umwandlung der Gesellschaftsbeteiligung ist eine Eigenart der gesetzlichen Regelung des Gesellschaftsrechts; denn auch wenn bei der Beendigung der Gesellschaft die von den einzelnen Gesellschaftern eingebrachten Gegenstände noch vorhanden sind, haben die Gesellschafter keinen Anspruch auf Rückgewähr dieser Gegenstände (§ 733 BGB, §§ 145, 149 HGB), sondern lediglich auf den ihnen zustehenden Teil des Liquidationserlöses. Eine Verfügung über das Vermögen im ganzen liegt danach nur dann vor, wenn ein Gesellschafter sein Auseinandersetzungsguthaben im wesentlichen aufgibt.

---

1) vgl. Hueck, OHG, § 23 V 1.

Da die Kündigung unmittelbar[1] nur den Zweck der Gesellschaft verändert, die bisherigen Gesellschafter ihr Vermögen jedoch in der Gestalt des Auseinandersetzungsguthabens behalten, ist eine Zustimmung gemäß § 1365 BGB zu einer Kündigung eines Gesellschaftsvertrages nicht erforderlich[2].
Anders will Fischer[3] jedoch entscheiden, wenn die Kündigung auf Grund gesellschaftsvertraglicher Vereinbarung nicht die Auflösung der Gesellschaft mit anschließender Liquidation zur Folge hat, sondern der kündigende Gesellschafter aus der (fortbestehenden) Gesellschaft ausscheidet. Er meint, in diesem Fall führe die rechtsgeschäftliche Erklärung (die Kündigung) zu einer unmittelbaren Rechtsänderung, die die gesellschaftliche Beteiligung und so das gesamte Vermögen des Gesellschafters erfasse. Die Kündigung kann hier jedoch nicht anders behandelt werden als im Ausgangsfall. Der Unterschied zwischen beiden Fällen besteht darin, daß der Auflösungsgrund "Kündigung" einmal die Auflösung der Gesellschaft bewirkt, im zweiten Fall ist der Kündigung kraft Vereinbarung der Gesellschafter die Folge des Ausscheidens des kündigenden Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft beigegeben. Durch das Ausscheiden wächst - mangels anderweitiger Vereinbarung - den die Gesellschaft fortsetzenden Gesellschaftern der

---

1) Dieses Erfordernis der "unmittelbaren" Einwirkung einer Verfügung auf den Verfügungsgegenstand beachtet Eiselt - JZ 1960/562 (564) - nicht, wenn er ausführt, die Kündigung führe zu einer Änderung der dinglichen Rechtslage an dem angelegten Vermögen. Ebenso Beitzke, DB 1961/21(24).

2) Im Ergebnis so auch Fischer, NJW 1960/937 (942).

3) NJW 1960/937 (943).

Anteil des Ausgeschiedenen am Gesellschaftsvermögen zu (§ 738 BGB; § 105 Abs.2 HGB, § 738 BGB; §§ 161 Abs.2, 105 Abs.2 HGB, § 738 BGB) und der Ausgeschiedene erhält einen Abfindungsanspruch, der dem Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben bei der Liquidation entspricht.

Bei genauer Betrachtung ist jedoch festzustellen, daß das Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters mit der Umwandlung der Gesellschaftsbeteiligung in einen Abfindungsanspruch nicht auf Grund der Kündigung erfolgte, sondern auf Grund der vertraglichen Gesellschaftervereinbarung, b e i Kündigung auszuscheiden. Die Kündigung ist hier also nur das Ereignis, welches den Zeitpunkt des Ausscheidens festlegt. Dieses wird noch deutlicher bei einer Gesellschaftsvertragsklausel, die ein Ausscheiden eines Gesellschafters vorsieht, wenn nicht dieser, sondern ein anderer Gesellschafter kündigt. Als nach § 1365 BGB zustimmungsbedürftig kann nun nicht die von dem anderen Gesellschafter erklärte Kündigung angesehen werden, da nach § 1365 BGB nur Rechtsgeschäfte des "Ehegatten" zustimmungsbedürftig sein können.

Die Kündigung des Gesellschaftsvertrages führt also in beiden Fällen - sowohl bei der Liquidation der Gesellschaft als auch beim Fortbestand der Gesellschaft unter Ausscheiden des betreffenden Gesellschafters - zu einer Umwandlung der Beteiligung des Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen in ein Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben. Das Rechtsgeschäft, auf Grund dessen der Ehe und Familie eines Gesellschafters die wirtschaftliche Grundlage entzogen werden kann, ist also die Vereinbarung der Gesellschafter, in welcher der Ehegatte-Gesellschafter auf seinen Abfindungsanspruch ganz oder zum wesentlichen Teil verzich -

tet[1].

§ 9 Ergebnis

Das Ergebnis der bisherigen Erörterungen ist demnach folgendes: Nach § 1365 BGB bedarf der Gesellschaftsvertrag, auf Grund dessen ein Ehegatte sein gesamtes oder nahezu gesamtes Vermögen in eine Personengesellschaft einbringt, der Zustimmung des anderen Ehegatten; ebenso ist eine Änderung des Gesellschaftsvertrages, in welcher der Gesellschafter-Ehegatte seine wirtschaftliche Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ganz oder fast ganz aufgibt oder auf seinen Abfindungsanspruch ganz oder nahezu ganz verzichtet, zustimmungsbedürftig. Eine Kündigung des Gesellschaftsvertrages bedarf in keinem Fall der Zustimmung gemäß § 1365 BGB.

III. Kapitel

Die Gefährdung der Gesellschaft durch den Zugewinnausgleich (§§ 1371, 1378 BGB)

Neben der Verwaltungsbeschränkung des § 1365 BGB ist für Personengesellschaften der Ausgleich des Zugewinnes zwischen einem Gesellschafter und seinem Ehegatten (§§ 1371, 1378 BGB) von besonderer Bedeutung. Die Durchführung dieses Ausgleichs kann die Gesellschaft in Liquiditätsschwierigkeiten bringen, wenn ein Ehegatte-Gesellschafter, der im gesetzlichen Güterstand lebt, stirbt oder der Güterstand auf eine andere Weise beendet wird, ohne daß im Gesellschaftsvertrag oder in einem Ehevertrag für diese Fälle

1) vgl.dazu Schlegelberger-Geßler,HGB § 105 Bem. 55 c.

Vorsorge getroffen worden ist.

§ 10 Der Ausgleich des Zugewinnes beim Tode eines Gesellschafters

Endet die Zugewinngemeinschaft durch den Tod des Ehegatten-Gesellschafters, so erhöht sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten um ein Viertel, § 1371 Abs.1 BGB, ohne Rücksicht darauf, ob der verstorbene Ehegatte einen Zugewinn erzielt hatte. Keine Schwierigkeiten ergeben sich für die Gesellschaften, die nach der gesetzlichen Regel (§ 131 Nr.4 HGB) durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst werden. In diesen Fällen erhalten die Erben des Gesellschafters den auf diesen entfallenden Anteil am Liquidationserlös; da die Gesellschaft aufgelöst wird, spielen für sie Liquiditätsfragen keine Rolle.

Schwierigkeiten können also nur in den Gesellschaften entstehen, die auf Grund des Gesellschaftsvertrages bei dem Tod eines Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern fortgesetzt werden. Die Fortsetzung der Gesellschaft kann auf verschiedene Art und Weise geregelt werden[1]. Einmal kann vereinbart werden, daß beim Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft mit den gesetzlichen oder testamentarisch eingesetzten Erben oder einzelnen von ihnen, oder mit dritten Personen, die unmittelbar oder durch eine besondere Erklärung auf Grund eines Eintrittsrechtes Gesellschafter werden, oder nur unter den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt werden soll.
Ist der überlebende Ehegatte Erbe[2] des Gesellschafter-Ehe-

1) Tiedau, DNotTag 1961/97 (118).

2) Ist er nicht Erbe oder schlägt er die Erbschaft aus, so regelt sich der Ausgleich des Zugewinns wie in den Fällen der Beendigung des Güterstandes auf andere Art und Weise, § 1371 Abs.2, 3 BGB.

gatten, so wird er - wenn weder im Gesellschaftsvertrag noch in einer letztwilligen Verfügung eine abweichende Regelung getroffen worden ist - Mitglied der Gesellschaft; da bei mehreren Erben nicht die Erbengemeinschaft Mitglied der Gesellschaft sein kann[1], werden die Erben im Verhältnis ihrer Erbanteile mit dem Tode des Gesellschafters Mitglieder der Gesellschaft. Der erhöhte Erbteil des Ehegatten des verstorbenen Gesellschafters wirkt sich hier für die Liquidität der Gesellschaft nicht nachteilig aus.

Soll aber nach dem Gesellschaftsvertrag nicht der überlebende Ehegatte, sondern ein Sohn des Verstorbenen oder ein Dritter Gesellschafter werden, so ist der betreffende Nachfolger in Höhe seines Erbanteils Gesellschafter. Die Gesellschaft ist dann - wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist - verpflichtet, die anderen Erben abzufinden[2]. Da der überlebende Ehegatte einen sehr hohen Erbanteil hat (neben den Kindern 1/2 des Nachlasses, §§ 1931, 1371 BGB), ist die Gesellschaft in diesen Fällen beträchtlichen Abfindungsansprüchen ausgesetzt, deren Befriedigung eine Gesellschaft in Liquiditätsschwierigkeiten bringen kann. Zwar können im Gesellschaftsvertrag die Ansprüche der Erben, welche nicht Gesellschafter-Nachfolger werden, ausgeschlossen werden; doch wirkt ein solcher Ausschluß nur gegenüber der Gesellschaft[3]. Der Miterbe, welcher in die Gesellschaft eintritt, ist den übrigen Miterben zum Ausgleich verpflichtet. Diese Ansprüche wird er in den seltensten Fällen aus seinem Privatvermögen befriedigen kön-

---

1) h.M., vgl. statt aller: BGHZ 22/186 (193); Schlegelberger-Geßler, HGB, § 139 Bem.25.

2) BGHZ 22/186.

3) BGHZ 22/186 (197).

nen. Er muß dann auf seinen Gesellschaftsanteil zurückgreifen, will er es nicht auf eine Zwangsvollstreckung in diesen ankommen lassen. Die hierdurch bedingte Gefährdung der Liquidität der Gesellschaft kann der Erblasser dadurch beseitigen, daß er durch Verfügung von Todes wegen die Ausgleichspflicht des Erben, der Gesellschafter werden soll, gegenüber den übrigen Miterben ausschließt[1].

Auch in dem Fall, in welchem beim Fortbestand der Gesellschaft die Miterben sämtlich als Gesellschafter ausgeschlossen sind, muß die Gesellschaft den Erben des verstorbenen Gesellschafters das Auseinandersetzungsguthaben auszahlen[2]. Doch ist es hier möglich, die Abfindungsansprüche der Erben im Gesellschaftsvertrag wirksam auszuschließen[3]. Ebenso ist ein Ausschluß von Abfindungsansprüchen der Erben durch eine letztwillige Verfügung zulässig[4]. In diesen Fällen entstehen keine Zugewinnausgleichs- und Pflichtteilsergänzungsansprüche. Denn in dem Ausschluß der Abfindungsansprüche ist keine unentgeltliche Zuwendung zu erblicken[5].

Für den Fall des Todes eines Gesellschafters lassen sich also die Gefahren für die Liquidität der Gesellschaft, die durch den Zugewinnausgleichsanspruch des überlebenden Ehegatten entstehen können, durch entsprechende gesellschaftsvertragliche Regelungen und Verfügungen von Todes wegen beseitigen.

---

1) Schlegelberger-Geßler, HGB, § 139 Bem. 25 b.

2) BGHZ 22/186 (194).

3) Schlegelberger-Geßler, HGB, § 138 Bem. 27 a.E.

4) Schlegelberger-Geßler, HGB, § 139 Bem. 26 B; BGHZ 22/186 (197).

5) Buchwald, AcP 154/22 (24); Reinicke, NJW 1957/561 (562); a.A. Kipp-Coing, § 91 IV 4 c 4 (S. 389).

§ 11 Der Ausgleich des Zugewinnes bei der Scheidung der Ehe eines Gesellschafters

Neben den Ansprüchen, die beim Tod eines Gesellschafters die Liquidität der Gesellschaft beeinträchtigen und den Bestand der Gesellschaft gefährden können - falls nicht entsprechende gesellschaftsvertragliche und testamentarische Regelungen getroffen worden sind -, sind von besonderer Bedeutung die Ausgleichsansprüche, die der Ehegatte gegen den Gesellschafter-Ehegatten im Fall der Scheidung geltendmachen kann. Denn da für die Berechnung des Zugewinnausgleichsanspruchs der Verkehrswert der Gesellschaftsbeteiligung (also einschließlich der stillen Reserven und des good-will) des Gesellschafters maßgebend ist[1], kann der Ausgleichsanspruch eine beträchtliche Höhe erreichen, so daß der Gesellschafter ihn nicht aus seinen privaten Mitteln erfüllen kann. Kündigt der Gesellschafter die Gesellschaft, um mit dem ihm zufallenden Auseinandersetzungserlös seinen Ehegatten befriedigen zu können, so tritt die für die Kündigung in den meisten Verträgen vorgesehene besondere Berechnung des Auseinandersetzungsguthabens in Kraft, auf Grund derer der Gesellschafter einen - u.U. erheblich - niedrigeren Betrag erhält als die Summe, die er an seinen geschiedenen Ehegatten zahlen muß. Wenn aber die anderen Gesellschafter aus persönlichen oder geschäftlichen Gründen Wert darauf legen, den ausgleichspflichtigen Gesellschafter in ihrer Gesellschaft zu behalten, müssen sie ihm mit Mitteln zu Hilfe kommen, die der Gesellschaft entzogen würden. Tun die Gesellschafter dieses nicht, so droht die Gefahr der Zwangsvollstreckung in das Auseinandersetzungsguthaben des ausgleichspflichtigen

---

1) Knur, Probleme S.45; Maßfeller-Reinicke, § 1376 Bem. 5; Palandt-Lauterbach, § 1376 Bem.2; BGB - RGRK, § 1376 Bem. 5.

Gesellschafters (§ 725 BGB; § 136 HGB, § 161 Abs.2 HGB).

Diese Gefahr für die Gesellschaft kann jedoch dadurch gemildert werden, daß der geschiedene Ehegatte-Gesellschafter gemäß § 1382 BGB die Stundung der Zugewinnausgleichsforderung durch das Vormundschaftsgericht herbeiführt. Doch besteht das Bestreben bei den Gesellschaften, sich möglichst durch entsprechende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag von der Mitwirkung des Gerichts bei der Regelung ihrer Angelegenheiten unabhängig zu machen[1].

In beiden Fällen der Auflösung der Ehe (Scheidung und Tod) können also der Gesellschafter-Ehegatte, seine Erben oder der in die Gesellschaft aufgenommene Dritte und die Gesellschaft in eine schwierige Lage geraten, wenn der Gesellschafter-Ehegatte im gesetzlichen Güterstand lebt[2].

Z w e i t e r T e i l

Die Beseitigung der Gefahren der Zugewinngemeinschaft für die Gesellschaft

Aus den bisherigen Darlegungen ergibt sich, daß die Zugewinngemeinschaft mit ihren Verwaltungsbeschränkungen (§ 1365 ff BGB), mehr aber noch durch den Ausgleich des Zugewinnes die Gesellschafter von Personengesellschaften in ihrer unternehmerischen Tätigkeit behindern und für die Gesellschaften gefährliche Auswirkungen haben kann. Daher ist nach Möglichkeiten zu suchen, die diese Hindernisse und Gefahren ausschalten oder doch verringern.

1) Boesebeck,DB 1958/1147 (1149); Tiefenbacher,BB 1958/565 (566).

2) Boesebeck,DB 1958/1147; Tiedau, DNotTag 1961/97 (126); Tiefenbacher, BB 1958/565.

I. Kapitel

Ehevertragliche Möglichkeiten

§ 12 Ausschluß und Änderung der Verwaltungsbeschränkung (§ 1365 BGB)

Am weitesten geht die im Gesetz in den §§ 1408, 1314 BGB vorgesehene Vereinbarung der Gütertrennung, also die Beseitigung des gesetzlichen Güterstandes. Denn dann entfallen sowohl die Verwaltungsbeschränkungen (§§ 1365 ff BGB) als auch die Pflicht zum Ausgleich des Zugewinns. Das Gesetz sagt jedoch nicht, inwieweit die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand ä n d e r n können. Derartige Abänderungen können einmal die Verwaltungsbeschränkungen, zum anderen den Ausgleich des Zugewinnes betreffen.
Bei einer Änderung der Verwaltungsbeschränkungen (§§ 1365 ff BGB) kommt als wichtigste Vereinbarung der Ausschluß in Betracht. Da für das eheliche Güterrecht der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt[1] und dieser durch die Gleichberechtigung nicht eingeschränkt wird[2], sieht die herrschende Meinung[3] die Verwaltungsbeschränkungen nicht als zwingendes Recht an. Mülke[4] dagegen hält die Verwaltungsbeschränkungen als für den gesetzlichen Güterstand wesentlich und daher für unabdingbar. Er übersieht hierbei aber, daß nach der Auslegungsregel des § 1414 Satz 2 BGB nur der

---

1) Palandt-Lauterbach, Einf. v. § 1363 Bem.1.

2) Maßfeller-Reinicke, § 1408 Bem.2.

3) vgl. statt aller Knur,DNotZ 19 7/451 (462); Palandt-Lauterbach,§ 1365 Bem.1, § 1369 Bem.1; Reinicke-Schwarzhaupt, S.48.

4) AcP 161/129 (160).

Ausschluß des Zugewinnausgleichs die Gütertrennung herbeiführt. Da die Ehegatten Gütertrennung vereinbaren können und so die Möglichkeit haben, volle Verpflichtungs- und Verfügungsfreiheit zu erlangen, ist kein Grund ersichtlich, warum sie dieses nicht auch unter Beibehaltung des Zugewinnausgleichs sollen erreichen können. Denn entgegen der Ansicht Mülkes umfaßt die Dispositionsbefugnis der Ehegatten nicht nur die Wahl der verschiedenen Güterstände; sie gilt vielmehr auch innerhalb des gesetzlichen Güterstandes. Das ergibt sich auch aus der Vorschrift des § 1408 BGB, nach der die Ehegatten ihre güterrechtlichen Verhältnisse durch Vertrag regeln können. Der Umstand, daß § 1364 Satz 2 des II. Entwurfs des Gleichberechtigungsgesetzes ausdrücklich als Beispiel für die Abänderung der Zugewinngemeinschaft den Ausschluß und die Einschränkung der Verwaltungsbeschränkungen vorsah und nur aus redaktionellen Gründen auf die Übernahme in das Gesetz verzichtet[1] worden ist, wird von Mülke keine Bedeutung beigemessen. Die Verwaltungsbeschränkungen sind nach Mülke zwar ein wesentlicher Bestandteil der Zugewinngemeinschaft, doch stünden sie im Rang unter dem Zugewinnausgleich; wenn aber der Ausgleich des Zugewinnes ausgeschlossen, gleichzeitig aber die übrigen Regelungen des gesetzlichen Güterstandes aufrechterhalten werden können, so müssen auch die Verwaltungsbeschränkungen unter Beibehaltung der Zugewinngemeinschaft im übrigen abbedungen werden können.
Es ist also mit der fast einmütigen Meinung von der Abdingbarkeit der Verwaltungsbeschränkungen auszugehen. Das Wesen des Güterstandes und der Ehe sowie die Vorschriften der §§ 134, 137 und § 138 BGB[2] können jedoch einer ehever-

1) Maßfeller-Reinicke, § 1408 Bem.1; dies., Beilage z.Bundesanzeiger Nr.154 v. 10.8.1956, S.16.

2) Knur, DNotZ 1957/451 (470); Palandt-Lauterbach, § 1408 Bem. 4.

traglichen Vereinbarung im einzelnen Fall Grenzen setzen.

Unzulässig ist eine Einschränkung der Verwaltungsbeschränkungen auf einzelne oder einen bestimmten Kreis von Gegenständen. Einmal bezieht sich § 1365 BGB nur auf Geschäfte über das gesamte Vermögen, zum anderen könnten auf diese Art und Weise für alle Gegenstände Verfügungsbeschränkungen vereinbart werden. Eine solche Regelung widerspräche aber dem § 137 BGB. Sie würde überdies zu einer erheblichen Unsicherheit des Rechtsverkehrs führen, da bei jedem Rechtsgeschäft eines Ehegatten die Frage nach der Zustimmungsbedürftigkeit akut würde[1]. Der Ausschluß der Verwaltungsbeschränkungen kann nur insgesamt vereinbart werden.

Möglich dagegen ist ein Ausschluß der Verwaltungsbeschränkung zugunsten nur eines Ehegatten innerhalb der Grenzen des § 138 BGB. Eine solche Regelung widerspricht zwar dem Grundsatz der Gleichberechtigung, es steht aber auf Grund der Vertragsfreiheit den Ehegatten frei, Vereinbarungen zu treffen, die nicht der Gleichberechtigung entsprechen[2].

§ 13 Ausschluß und Änderung des Zugewinnausgleichs (§§ 1372 ff, 1378 BGB)

Der gesetzliche Güterstand kann nicht nur in Bezug auf die Verwaltungsbeschränkungen, sondern auch im Hinblick auf den Zugewinnausgleich modifiziert werden. Nach § 1414 Satz 2 BGB kann der Ausgleich des Zugewinnes ausgeschlossen werden, ohne daß dadurch der gesetzliche Güterstand insgesamt

---

1) so auch Dölle, FamR S. 765; Knur,DNotZ 1957/451 (470); Tiedau,DNotTag 1961/97 (128).

2) Maßfeller-Reinicke, § 1408 Bem. 2.

aufgehoben wird. Ebenso ist es zulässig, die gesetzliche Quote des Ausgleichsanspruchs (§ 1378 Abs.1 BGB) zu ändern, für den Ausgleich einen Höchstbetrag festzusetzen, bestimmte Gegenstände bei der Berechnung des Zugewinnes nicht zu berücksichtigen. Ferner kann vereinbart werden, die Befriedigung des Ausgleichsanspruchs solle nur aus einem bestimmten Vermögensteil erfolgen; auch eine von der gesetzlichen Regel (§ 1376 BGB) abweichende Vereinbarung über die Berechnung des Anfangs- und Endvermögens und schließlich eine Modifizierung der Fälligkeit des Ausgleichsanspruches sind möglich[1].

Mit Hilfe dieser durch Ehevertrag herbeizuführenden Abänderungen können die Ehegatten den gesetzlichen Güterstand ihren Verhältnissen entsprechend anpassen und so dafür sorgen, daß die Gefahren, die die Zugewinngemeinschaft für ein Unternehmen oder eine Unternehmensbeteiligung eines Ehegatten bedeuten kann, beseitigt oder verringert werden.

II. Kapitel

Gesellschaftsvertragliche Möglichkeiten

4 Die Begründung der Pflicht der Gesellschafter, bei Heirat die Gefahren des gesetzlichen Güterstandes durch Ehevertrag zu beseitigen

Die Mitglieder einer Personengesellschaft können im einzelnen Fall ein Interesse daran haben, daß jeder Verheiratete

---

1) vgl. zu diesem Fragenkomplex die eingehenden Ausführungen von Knur, DNotZ 1957/451 (467 ff); ferner Finke, MDR 1957/578 (579); Sichtermann BB 1959/349 ff.

von ihnen die aus der Zugewinngemeinschaft entstehenden Gefahren möglichst weitgehend durch entsprechende ehevertragliche Vereinbarungen beseitigt. Infolgedessen wird häufig empfohlen, im Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft zu vereinbaren, es sollten nur Gesellschafter aufgenommen werden, die mit ihren Ehegatten entsprechende güterrechtliche Regelungen getroffen hätten[1]; bei schon bestehenden Gesellschaften sollten die Gesellschafter verpflichtet werden, innerhalb einer bestimmten Zeit mitzuteilen, in welchem Güterstand sie lebten, und gegebenenfalls Gütertrennung herbeiführen[2], oder es solle die Gesellschaftsbeteiligung von der Berechnung des Zugewinnes und bei der Befriedigung des Ausgleichsanspruchs ausgeschlossen werden[3]. Schließlich sollten sich die Gesellschafter verpflichten, diese zum Schutz der Gesellschaft herbeigeführte Abänderung des Güterstandes während der Dauer der Zugehörigkeit zur Gesellschaft beizubehalten[4].

Derartige, im Gesellschaftsvertrag festgelegte Verpflichtungen eines Gesellschafters können nicht im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden, da der einzelne Gesellschafter zu ihrer Erfüllung der Mitwirkung seines Ehegatten bedarf. Um aber die Erfüllung dieser Verpflichtungen sicherzustellen, werden verschiedene Wege vorgeschlagen: Einmal könne der betreffende Gesellschafter im Falle der Nichterfüllung oder der nicht rechtzeitigen

1) Boesebeck, DB 1958/1147 (1149).

2) Boesebeck, DB 1958/1147 (1149); Buchwald-Tiefenbacher, § 32; Kohler, BB 1959/929 (931); Sichtermann, BB 1959/349 (351).

3) Kersten-Bühling, S.713; Kohler, BB 1959/929 (931); Schneider-Martin, § 16,6; Tiedau,DNotTag 1961/97 (131).

4) Tiedau, DNotTag 1961/97 (131).

Erfüllung so behandelt werden, als hätte er die Gesellschaft gekündigt[1], oder es soll den anderen Gesellschaftern ein Kündigungsrecht eingeräumt werden[2]; weiter könne für diesen Fall eine Verschlechterung der Abfindungsregelung[3] oder eine Vertragsstrafe[4] vorgesehen werden.

III. Kapitel

Die Wirksamkeit der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung über die Einführung eines bestimmten Güterstandes

§ 15 Verstoß gegen die guten Sitten

Bei derartigen Bestimmungen eines Gesellschaftsvertrages, in denen eine Verpflichtung der verheirateten Gesellschafter begründet werden soll, einen bestimmten (oder in bestimmter Weise ausgestalteten) Güterstand zu vereinbaren, und in denen die Nichterfüllung dieser Verpflichtungen mit einschneidenden Sanktionen verbunden ist, taucht die Frage auf, ob nicht ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt. Als Maßstab für die Entscheidung dieser Frage kommt das Anstandsgefühl aller billig und gericht Denkenden in Betracht[5]. Danach kann ein Sittenverstoß insbesondere dann gegeben sein, wenn das Rechtsgeschäft über Handlungen oder Unterlassungen geschlossen wird, die von Moral wegen nicht Gegenstand eines Rechtsgeschäfts oder einer vertrag-

---

1) Boesebeck, DB 1958/1147 (1149); ähnlich Kohler, BB 1959/929 (931).

2) Arnold-Goldmann-Rautmann, S. 493 ff.

3) Tiedau, DNotTag 1961/97 (133)

4) Tiedau, DNotTag 1961/97 (133)

5) Mot. II, 727; Staudinger-Coing, § 138 Bem.3; RGZ 48/124 ff.

lichen Pflicht sein dürfen[1]. Daher sind z.B. nichtig Verpflichtungen, die Religion zu ändern[2], eine Ehe einzugehen oder nicht einzugehen[3], jemanden zu adoptieren[4]. Diese Fälle unterscheiden sich von dem vorliegenden Fall dadurch, daß bei ihnen eine rechtliche Bindung in Bereichen begründet werden soll, welche von keinen Erwägungen beeinflußt werden sollen, die nicht auf dem Gebiet des Gewissens des Einzelnen liegen. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine rechtliche Bindung, die die Gestaltung des ehelichen Güterrechts beeinflußt. Im ehelichen Güterrecht betreffen jedoch die von den Ehegatten zu fällenden Entscheidungen nicht nur Gewissensfragen, eine wesentliche Rolle spielen dort vielmehr wirtschaftliche Interessen. Diese stehen aber nicht so im Vordergrund, daß sich die Sittenwidrigkeit einer Verpflichtung eines Ehegatten gegenüber einem Dritten zur Einführung eines bestimmten Güterstandes erst aus dem Gedanken der übermäßigen Einengung der Freiheit - wie etwa bei den sogenannten Knebelungsverträgen[5] - ergäbe. Der gesetzliche Güterstand will die (im Normalfall) im Haushalt arbeitende Ehefrau am Erwerb des Mannes beteiligen, um auf diese Weise den Grundsatz der Gleichberechtigung von Mann und Frau sach-

---

1) In diesen Fällen wird allgemein von einem Verstoß gegen die guten Sitten gesprochen (Prot.I, 124; Erman-Westermann,§ 138 Bem.6; Goez, JW 1922/1192 (1193); RGZ 128/92 (95). Der Grund für die Nichtigkeit derartiger Rechtsgeschäfte ist jedoch, daß diese von der Rechtsordnung wegen Verstoßes gegen die Würde des Menschen nicht anerkannt werden (so schon von Tuhr, II 2 S.32 f), heute also Art.1 I GG verletzen (Nipperdey, Grundrechte II/1 S.35 f) und daher nach § 134 BGB nichtig sind. Doch soll an der einmal eingeführten Bezeichnung festgehalten werden.

2) RGZ 21/282.

3) von Tuhr, II 2 S.32.

4) Enneccerus-Nipperdey, § 191 III 2.

5) Enneccerus-Nipperdey, § 191 III 3 a.

gemäß zu verwirklichen. Die Zugewinngemeinschaft ist also Ausdruck der Gleichberechtigung im ehelichen Vermögensrecht. Zwar steht es den Ehegatten frei, einen Ehevertrag zu schließen, der nicht dem Gleichberechtigungsgrundsatz entspricht. Es fragt sich aber, ob auf Grund dieser Vertragsfreiheit die Ehegatten sich auch einem Dritten gegenüber verpflichten können, einen bestimmten oder bestimmt ausgestalteten Güterstand zu vereinbaren.
Dann besteht das Bedenken, daß die Erfüllung einer solchen Verpflichtung nicht im Rahmen der Zwangsvollstreckung erreicht werden kann, da keine Möglichkeit gegeben ist, die Zustimmung des anderen Ehegatten zu erzwingen. Zweifelhaft ist, ob angesichts dieser Rechtslage der Ehegatte durch materielle Sanktionen - z.B. Ausschluß aus der Gesellschaft, Verwirkung einer Vertragsstrafe - zum Abschluß des gewünschten Ehevertrages gezwungen werden kann. Diese Frage ist bedeutungslos, wenn beide Ehegatten von sich aus bereit sind, die von einem von ihnen gegenüber einem Dritten eingegangene Verpflichtung zur Einführung eines bestimmten Güterstandes zu erfüllen. Es fragt sich, inwieweit ein Ehegatte oder beide Ehegatten sich der Freiheit begeben können, ihre güterrechtlichen Verhältnisse unabhängig vom Willen Dritter zu regeln. Wenn auch die Ehegatten einen Güterstand vereinbaren können, der nicht dem Gleichberechtigungsgrundsatz entspricht, so muß diese Vereinbarung doch auf Grund des freien Willens der Ehegatten zustande kommen[1]. Denn die Freiheit eines Ehegatten, sich Dritten gegenüber zur Einführung eines bestimmten Güterstandes zu verpflichten, kann zur Unfreiheit des anderen Ehegatten führen[2]. Diese Freiheit wird erheblich beeinträchtigt, wenn ein Ehegatte

1) Knur,DNotZ 1957/451 (466), Reinicke,NJW 1953/681 (684).

2) Scheffler, Grundrechte IV 1 S. 245 (275).

um Mitglied in einer Gesellschaft zu werden oder zu bleiben, sich verpflichten muß, in einem bestimmten Güterstand zu leben. Diese Beeinträchtigung ist um so stärker, als bei der Nichterfüllung der Verpflichtung die Nichtaufnahme in die Gesellschaft oder der Ausschluß aus der Gesellschaft oder eine Vertragsstrafe drohen. Formal haben zwar die Ehegatten dann noch die Freiheit einen Ehevertrag nach ihren Vorstellungen zu schließen, aber ihre Entscheidung wird erheblich beeinträchtigt durch die materiellen Nachteile, die ihnen drohen.

Es fragt sich, ob die Freiheit der Ehegatten, die Ausgestaltung des Güterstandes selbst zu bestimmen, in keiner Weise beeinträchtigt werden darf, oder ob ein Ehegatte sich gegenüber einem Dritten binden kann, wenn der Dritte ein schutzwürdiges Interesse daran hat.

Es ließe sich etwa an den Fall denken, daß jemand sich verpflichtet, keine Ehe einzugehen oder eine Ehe nur nach dem Willen eines anderen zu schließen[1]. In diesem Fall wird auch ein starkes Interesse eines Dritten an der Beschränkung der persönlichen Freiheit eines anderen nicht berücksichtigt, denn jede Behinderung der Eheschließung ist unzulässig[2]. Andererseits ist an den Fall zu denken, daß in einem religiösen Tendenzbetrieb[3] als Mitarbeiter nur Personen mit einem bestimmten religiösen Bekenntnis eingestellt werden. Hier hat der Arbeitgeber unter Umständen ein erheb-

---

1) von Tuhr, II 2 S. 32.

2) vgl.BAG 4/274 (Zölibatsurteil), Molitor, AuR 1953/353 (355).

3) Tendenzbetriebe sind solche Betriebe, die politischen, gewerkschaftlichen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder ähnlichen Bestimmungen dienen, § 81 Betr.VerfG.

liches Interesse daran, daß seine Arbeitnehmer ein bestimmtes Religionsbekenntnis haben. Wie weit dieses Interesse des Arbeitgebers zu berücksichtigen ist, muß danach beurteilt werden, ob auch ein Arbeitnehmer mit einem von dem des Arbeitgebers verschiedenen Bekenntnis die von ihm zu verrichtende Tätigkeit sachgemäß ausführen kann. So ist das Interesse des Arbeitgebers nicht schutzwürdig, wenn der Arbeitnehmer nur rein technische Dienste - etwa als Kraftfahrer, Heizer - zu leisten hat. Soweit jedoch die Arbeit von der Natur der Sache her an das Bekenntnis gebunden ist, hat das Interesse des Arbeitgebers ein solches Gewicht, daß der Arbeitnehmer die Nachteile, die ihm die Nichtbeschäftigung wegen seines Bekenntnisses bringt, tragen muß, ohne sich auf seine Freiheit, ein Bekenntnis ohne Inkaufnahme von Nachteilen zu wählen, berufen zu können[1].

Um die Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle zu erkennen, ist zu untersuchen, aus welchem Grund in dem ersten Fall jegliche Beeinträchtigung der Freiheit unwirksam ist und im zweiten Fall die Freiheit unter gewissen Voraussetzungen wegen der Interessen eines Dritten eingeschränkt werden kann.
Im ersten Fall liegt der Grund für die Nichtigkeit der Zölibatsklausel darin, daß die Rechtsordnung Verpflichtungen oder sonstige Rechtsgeschäfte nicht anerkennt, die eine Beeinträchtigung der Freiheit, eine Ehe zu schließen, zum Inhalt haben oder auf eine Beschränkung dieser Freiheit hinauslaufen. Das ergibt sich aus den Vorschriften § 1297 BGB und § 888 Abs.2 ZPO. Danach kann weder aus einem Verlöbnis auf die Eingehung der Ehe geklagt werden, noch ist

1) vgl. Hamel, Grundrechte IV 1 S.37 (75); BAG 2/279 allerdings mit für den dort entschiedenen Fall m.E. unzutreffendem Ergebnis.

eine Vertragsstrafenvereinbarung für den Fall der Nichteingehung der Ehe zulässig; ferner findet eine Zwangsvollstreckung nicht statt aus einem Urteil, welches auf Eingehung einer Ehe oder Herstellung des ehelichen Lebens lautet.
Im zweiten Fall kollidieren die Vertragsfreiheit und das Verbot der Benachteiligung wegen des religiösen Bekenntnisses (Art.3 Abs.3 GG). Grundsätzlich genießt die Vertragsfreiheit - als Ausfluß des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art.2 Abs.1 GG)[1] - gegenüber dem Benachteiligungsverbot (Art.3 Abs.3 GG) den Vorrang[2]. Ein Verstoß gegen Art.3 Abs.3 GG liegt jedoch vor, wenn die Sonderbehandlung innerhalb einer durch gleiche Interessen zusammengehaltenen Gruppe willkürlich oder ohne vernünftigen Grund wegen eines der im Art.2 Abs.3 GG genannten Gründe erfolgt[3]. Hier ist es also möglich, die Interessen Dritter zu berücksichtigen, wenn dafür ein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt.

Da es sich beim ehelichen Güterrecht um die vermögensrechtlichen Verhältnisse zwischen den Ehegatten handelt, wird in den bisher erschienenen Stellungnahmen[4] zu der vorliegenden Frage allgemein angenommen, ein Ehegatte könne sich einem Dritten gegenüber wirksam verpflichten, in seiner Ehe einen bestimmten Güterstand einzuführen.
Die Tatsache, daß das eheliche Güterrecht vermögensrechtlicher Natur ist, ist jedoch nicht ohne weiteres ein Grund

---

1) Nipperdey, Grundrechte IV 2 S.886 f; BVerfG 8/274 (328).

2) Enneccerus-Nipperdey, § 15 II 5 d, S.103.

3) Enneccerus-Nipperdey, § 15 II 5 d, S.103.

4) Boesebeck, DB 1958/1147 (1149);Kohler,BB 1959/929 (931); Model, GmbH Rdsch 1958/82 (86); Sichtermann, BB 1959/349 (351); Tiedau,DNotTag 1961/97 (131).

für die Zulässigkeit derartiger Vereinbarungen. Denn auch die Schlüsselgewalt der Ehefrau (§ 1357 BGB) ist ein Teil der vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten[1]. Hier ist anerkannt[2], daß ein vertraglicher Ausschluß der Schlüsselgewalt gegen die guten Sitten verstößt, so daß der Ehemann sich erst recht nicht Dritten gegenüber zu einem Ausschluß der Schlüsselgewalt verpflichten kann. Die Schlüsselgewalt der Ehefrau ist vom Gesetzgeber zwingend vorgesehen[3], während dieses für den Güterstand der Zugewinngemeinschaft nicht der Fall ist[4]. Denn der vertragliche Ausschluß der Schlüsselgewalt würde der vom Gesetzgeber der Ehefrau übertragenen (§ 1356 BGB) eigenverantwortlichen Stellung bei der Führung des Haushaltes widersprechen. In einer vertraglichen Abänderung und in dem vertraglichen Ausschluß des gesetzlichen Güterstandes liegt dagegen nicht ohne weiteres ein Verstoß gegen die vom Gesetzgeber dem Ehegatten eingeräumten vermögensrechtlichen Stellung. Die allgemeine Ansicht[5] stellt jedoch zu sehr auf diese vermögensrechtliche Stellung der Ehegatten ab und beachtet nicht genügend den Zweck, den der Gesetzgeber mit dem gesetzlichen Güterstand verfolgte - die Verwirklichung der Gleichberechtigung von Mann und Frau im ehelichen Güterrecht -, und die Tatsache, daß die Ehegatten in der Gestaltung ihrer Ehe - also auch im Güterrecht - frei sein sollen[6]. Wenn diese Freiheit, die der Gesetzgeber den Ehegatten gelassen hat, rechtsgeschäftlich beschränkt wird, so ist ei-

---

1) Lehmann, FamR § 11 I S. 59.

2) Für die Zeit vor der Gleichberechtigung von Mann und Frau: Hörle, ArchBR 31/113 (169); für die derzeitige Rechtslage: BGB-RGRK, § 1357 Bem. 25; Erman-Bartholomeyczik, § 1357 Bem. 12.

3) Krüger-Breetzke-Nowack, § 1357 Bem. 11.

4) vgl. oben S. 98 ff.

5) vgl. Fußnote 4 S. 108.

6) Knur, DNotZ 1957/451 (466).

ne solche Beschränkung jedoch möglicherweise erst dann sittenwidrig, wenn sie durch die ihr zugrundeliegenden Interessen nicht gefordert wird.

Es ist daher zu untersuchen, ob das Interesse der Gesellschafter schwerwiegend genug ist, den Ehegatten in ihrer freien Wahl des Güterstandes eine Bindung aufzuerlegen.

Wie oben[1] dargelegt, ist es für die Gesellschaft hinderlich, daß zu bestimmten Vereinbarungen der Gesellschafter - z.B. Einbringung des gesamten Vermögens eines Gesellschafters in die Gesellschaft, Aufgabe der wirtschaftlichen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen durch Verzicht auf das Abfindungsguthaben - der Ehegatte des in der Zugewinngemeinschaft lebenden Ehegatten-Gesellschafters zustimmen muß (§ 1365 BGB).
Auf diese Weise kann ein Gesellschaftsfremder Einfluß auf die Geschicke der Gesellschaft nehmen. Schwererwiegend als diese Einflußnahme Dritter können jedoch die Folgen sein, die eine Scheidung eines in Zugewinngemeinschaft lebenden Gesellschafters herbeiführen kann. Denn in diesem Fall muß die Gesellschaft mit der Geltendmachung der Zugewinnausgleichsforderung durch den Ehegatten des Gesellschafters rechnen[2], durch deren Befriedigung die Liquidität der Gesellschaft erheblich beeinträchtigt werden kann.

Ferner wird geltend gemacht[3], schon vor der Scheidung eines im gesetzlichen Güterstand lebenden Gesellschafters wirke sich die Zugewinngemeinschaft auf die Geschäfte der Gesellschaft nachteilig aus; denn da mit der Scheidung ei-

---

1) § 9, S. 92.

2) vgl. oben S. 96.

3) Obermüller, BB 1958/535.

nes Gesellschafters während des Bestehens der Gesellschaft gerechnet werden müsse, bestehe stets die Gefahr der Geltendmachung der Zugewinnausgleichsforderung. Auf Grund der hierdurch drohenden Gefährdung der Liquidität der Gesellschaft seien die Kreditinstitute bedeutend zurückhaltender bei der Kreditgewährung, da sie die Rückzahlung ihrer Kredite gefährdet sähen.

Es fragt sich aber, ob das Interesse der Gesellschafter, die Einflußnahme Dritter auf die Geschicke der Gesellschaft und die Gefährdung der Gesellschaft durch die Zugewinnausgleichsforderung zu vermeiden, schutzwürdig ist, und ob gegebenenfalls die Schutzbedürftigkeit so groß ist, daß sie die Beschränkung der Ehegatten, den Güterstand in ihrer Ehe frei zu wählen, rechtfertigt. Das Zustimmungserfordernis gemäß § 1365 BGB, auf Grund dessen ein Ehegatte eines Gesellschafters auf die Geschicke der Gesellschaft einwirken kann, ist für die Gesellschaft im Normalfall nicht von großer Bedeutung; denn § 1365 BGB greift nur dann ein, wenn ein Ehegatte-Gesellschafter ein Rechtsgeschäft schließt, durch das er sein gesamtes Vermögen aufgibt. Bei den seltenen Fällen im Leben einer Gesellschaft, in denen ein solches Geschäft eines Gesellschafters vorliegt, sind die Belange des Ehegatten des Gesellschafters schutzwürdiger als die Interessen der Gesellschafter, da dieser gemäß § 1365 BGB darüber wachen soll, daß der Familie nicht die wirtschaftliche Grundlage entzogen und sein eventueller Zugewinnausgleichsanspruch nicht gefährdet wird.
Wenn auf die Gefährdung der Gesellschaft durch die Zugewinnausgleichsforderung hingewiesen wird[1], so wird der

1) Boesebeck,DB 1958/1147 (1148); Tiedau,DNotTag 1961/97 (126).

nach § 1382 BGB möglichen Stundung der Ausgleichsforderung zu wenig Beachtung geschenkt. Gerade für den Fall, daß die Befriedigung der Ausgleichsforderung den Schuldner besonders hart treffen würde, ist die Stundung vorgesehen. Wenn jedoch die Gesellschafter der Ansicht sind, der Vormundschaftsrichter (§ 1382 Abs.1 BGB) sei unter Umständen bei einer solchen Entscheidung - etwa wenn die Verhältnisse nicht einfach liegen - überfordert[1], können sie nicht mit einer ihrer Meinung nach besseren Lösung die Freiheit eines Dritten beeinträchtigen. Denn der Gesetzgeber hat das Vormundschaftsgericht als für die Stundung der Zugewinnausgleichsforderung geeignete Stelle angesehen, und solange die Möglichkeit der Stundung nach § 1382 BGB besteht, ist das Interesse der Gesellschafter an der Einschränkung der Freiheit der Ehegatten in der Ausgestaltung ihres Güterstandes weniger schutzwürdig als das Interesse der Ehegatten, ihren Güterstand frei zu wählen.

Die gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen, in denen ein Gesellschafter verpflichtet wird, bei seiner Heirat die Zugewinngemeinschaft auszuschließen oder in bestimmter Weise abzuändern, verstoßen gegen die guten Sitten und sind daher nichtig (§ 138 BGB), da das Interesse der Gesellschafter an einer derartigen Beschränkung der Freiheit der Ehegatten nicht schutzwürdiger ist als das Interesse der Ehegatten an der Aufrechterhaltung ihrer Freiheit in der Wahl und Ausgestaltung des Güterstandes.

---

1) so Boesebeck, DB 1958/1147 (1149).

Lebenslauf

Ich wurde am 3. August 1934 als erstes von fünf Kindern des Oberamtsrichters Dr. Karl Tilkorn und seiner Ehefrau Anneliese, geb. Bövingloh, in Münster (Westf) geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit. Vom 7. bis 11. Lebensjahr besuchte ich die Volksschule in Steinheim (Kreis Höxter). Anschließend war ich von Ostern 1946 bis 1955 Schüler des Gymnasium Paulinum in Münster (Westf), an dem ich am 26. Februar 1955 die Reifeprüfung bestand. Danach studierte ich Rechtswissenschaft, und zwar in den beiden ersten Semestern an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster, im dritten Semester an der Albert-Ludwigs-Universität in Freiburg/Breisgau, vom vierten bis siebten Semester wieder in Münster (Westf). Am 8.Juni 1959 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm. Meine daran anschließende Ausbildung als Referendar beendete ich mit der zweiten juristischen Staatsprüfung am 14. August 1963 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen. Zur Zeit bin ich Assistent an der juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster.